Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

GEORGE HAPPEK

Gerichtsassessor

aus Berlin.

Approbiert am 11. November 1908.

Berlin.

Druck von A. Seydel & Cie. G. m. b. H.

1909.

102

Referent: Universitäts-Professor **Dr. Binder.**

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0035

Literatur.

Becker: Die cessio legis. Inaug.-Diss. Greifswald 1903.

Biermann: Kommentar zum BGB. Sachenrecht. Berlin 1903.

Bütow: Nemo subrogat contra se, Heidelberger Dissertation, 1908.

Corpus juris civilis, ed. Krüger-Mommsen.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1-2. Jena 1900/01.

Conzen: Ein Beitrag zu der Gesetzesbestimmung, daß die kraft Gesetzes übergegangene Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Heidelberger Dissertation 1905.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. Tübingen-Leipzig 1902.

Crome: Die Grundlehre des französischen Obligationsrecht, Mannheim 1894.

Decker: Die sogenannte cessio legis. Inaug.-Diss. Greifswald 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg: Pandekten, Bd. II, Berlin 1900.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, Halle 1899; Bd. II, Halle 1901. Sachenrecht, Halle 1902, Familienrecht, Halle 1903.

Duraton: traité des contrats et obligations en général, 4 Bde., Paris 1821.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Herausgegeben von Leonhard, Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht, Bd. II, Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines BGB., herausgegeben von Reatz. Berlin 1894/96.

Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. München 1902.

Goldmann-Lilienthal: Das BGB., Bd. II, BD. 1, Berlin 1901.

Gauthier: traité de la subrogation de personnes, Paris 1853.

Kaufmann: Kommentar des BGB., Bd. II, Bonn, 1901.

Larombiere: Théorie et practique des obligations, 7 Bde. Paris 1885.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2 Bde., Berlin 1900.

Meisner: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898, Sachenrecht, Breslau 1901.
Michelsen: Die cessio legis, Inaug.-Diss. Rostock.
Motive der I. Kommission.
Müller und Meikel: Das Bürgerliche Recht, I. Bd., München 1899.
Molitor: des obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français 3 Bde., 2. Aufl., Paris 1867.
Mourlon: traité des subrogations personelles, Paris 1853.
Neumann: Kommentar zum BGB., Bd. I, Berlin 1899.
Oertmann: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906.
Planck: Kommentar zum BGB., Bd. II, Berlin 1900, Bd. III. Berlin, 1903.
Potier: traité des obligations.
Poujol: traité des obligations, 3 Bde., Paris 1846.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB. Bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Berlin 1897, 1899.
Ruer: Die sogenannte cessio legis. Inaug.-Diss. Rostock, Berlin 1900.
Renusson: traité des subrogations, Paris 1702, neue Ausgabe seiner Werke 1777.
Schollmeyer: Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877.
Schollmeyer: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Stammler: Das BGB. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
von Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II, München 1901, Bd. III, herausgegeben von Kober, München 1903.
Strohal: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. in der deutschen Juristenzeitung No. 16, 17. 1903.
Stolzenberg: Das Ablösungsrecht des § 268 BGB., insbesondere in seinem Verhältnisse zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden, Erlanger Dissertation, 1903.
Szkolny-Caro: Kommentar zum BGB., 1-3. Lieferung, Berlin 1898.
Weißbart: Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung. Inaug.-Diss. Würzburg 1899.

Inhaltsübersicht.

Einleitung: **Historischer Überblick.** Seite

§ 1. I. Das Eintrittsrecht im römischen und gemeinen Recht 9

§ 2. II. Das Eintrittsrecht im Preußischen Allgemeinen Landrecht 11

§ 3. III. Die Subrogation im französischen Recht 13

Erster Abschnitt: Allgemeiner Teil:

Das Eintrittsrecht des BGB.

§ 4. Begrenzung der Aufgabe[1]) 17

§ 5. I. Die rechtliche Natur der Subrogation 19

1. Soweit der Zahlende den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über.
2. Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers geltend gemacht werden. (Nemo subrogat contra se.)

§ 6. II. Voraussetzungen der Subrogation 28

1. Es kann nicht ein ganzes Rechtsverhältnis übergehen.
2. Die Leistung darf keinen anderen Inhalt bekommen.
3. Der Uebergang darf nicht vertragsmäßig ausgeschlossen sein.

III. Wirkungen der Subrogation.

§ 7. 1. Das Verhältnis zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger 33

§ 8. 2. Die Rechtsstellung des Schuldners 38

a) Bei mangelnder Kenntnis der Subrogation.
b) Nach erlangter Kenntnis.

[1]) Unsere Betrachtung behandelt lediglich die sogenannte Subrogation.

Zweiter Abschnitt. Besonderer Teil: Seite

Die Anordnung der Subrogationsfälle im BGB.

I. Das Eintrittsrecht im Fall der Berichtigung einer eigenen Verbindlichkeit.

§ 9. Das Gesamtschuldverhältnis 51

1. Der Ausgleichungsanspruch.
2. Das Eintrittsrecht,
   a) Im allgemeinen.
   b) Anwendungsfall.

II. Eintrittsrecht im Fall der Berichtigung einer fremden Verbindlichkeit, für die der Befriedigende haftet.

§ 10. A. Die Bürgschaft 57

1. Das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner.
2. Das Eintrittsrecht.

B. Das Hypothekenrecht und das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 11. 1. Befriedigung durch den ersatzberechtigten Eigentümer 59

§ 12. 2. Befriedigung durch den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner 65

§ 13. 3. Befriedigung aus dem Grundstück 69

§ 14. C. Das Eintrittsrecht beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht zur Sicherung für dieselbe Forderung 71

§ 15. D. Die gesetzliche Unterhaltungspflicht 74

§ 16. III. Eintrittsrecht im Falle der Befriedigung durch einen Nichthaftenden (Ablösungsrecht) 76

1. Eintrittsrecht in eine Forderung im Falle der Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand.
2. Eintrittsrecht in dingliche Rechte
   a) bei drohender Befriedigung aus dem Grundstück,
   b) bei Gefährdung eines Rechts am Pfande.

Einleitung.

Historischer Ueberblick.

§ 1.

1. Das Eintrittsrecht im römischen und gemeinen Recht.

Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers, d. h. die Befugnis, auf Grund der Befriedigung eine Forderung geltend zu machen, nimmt im BGB. den breitesten Raum derjenigen Fälle ein, in welchen der Gesetzgeber einen Forderungsübergang kraft Gesetzes stattfinden läßt.

Die Lehre dieses Institutes baut sich auf dem römischen Rechte auf und hat eine weitere Ausgestaltung im ALR. und im französischen Rechte erfahren.

Das älteste römische Recht zeigt uns noch den starren Charakter der Obligation, die einen Wechsel der Subjekte unter keinen Umständen zuließ. Bezahlte also ein Dritter eine fremde Schuld, so erlosch die Obligation, und dem Zahlenden war keine Möglichkeit gegeben, gegen den Schuldner vorzugehen. Nur in einem Fall bot ihm das jus strictum eine Hilfe: wenn sich sein Anspruch auf ein beneficium cedendarum actionum gründete. Erst als das Bedürfnis, demjenigen eine billige Entschädigung zu gewähren, welcher eine materiell fremde Verbindlichkeit berichtigt hatte, immer dringender wurde, machte diese Auffassung einer milderen Form Platz, indem nunmehr auch ein Forderungsübergang auf Grund eines konkreten Tatbestandes kraft Gesetzes anerkannt wurde. Man sprach in diesen Fällen von fingierter Zession oder cessio legis, mehr, um kundzutun, daß die Grundsätze der vertragsmäßigen Zession im wesentlichen An-

wendung fänden, als den Charakter des Vorganges zu kennzeichnen. Denn es handelt sich hier nicht um eine eigentliche Forderungsabtretung, sondern um einen sich selbständig vollziehenden Forderungsübergang, also nicht um eine Zession, sondern um eine gesetzliche Sukzession[1]). Für die uns hier beschäftigende Frage des Forderungsüberganges im Falle einer Befriedigung durch Dritte finden wir die ersten nachweisbaren Belegstellen in den Quellen für die solidarische Haftung, wo dem das Ganze zahlenden Solidarschuldner gegen die übrigen eine Regreßklage gegeben wird. Es kommen insbesondere in Betracht: L. 1 § 13, D. 27.3 für mehrere Vormünder; L. 2 § 8, § 9 D. 50.8 für mehrere Gemeindebeamte; L. 1 § 10, L. 4 D. 9.3 für die Bewohner eines Hauses. Recht deutlich sehen wir den Forderungsübergang in der L. 2 D. 42,3, wo es heißt: „In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt.“ Wer einen Gläubiger befriedigt, tritt an die Stelle des Befriedigten. In allen diesen Fällen wurde dem Befriedigenden zur Geltendmachung seines Anspruchs eine actio utilis gegeben, welche der actio directa des Zedenten nachgebildet war[1]). Das Recht selbst, die obligatio, blieb bei dem bisherigen Gläubiger, es war unübertragbar, doch änderte dies nichts am Erfolge, die Klage folgte aus dem Recht, und wenn auch formell der neue Gläubiger nur die praktischen Konsequenzen zur Realisierung seines Anspruches ziehen durfte, praktisch sukzedierte er in

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, S. 140, Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 552, Anm. 2.

[2]) Es war dem Zessionar noch eine zweite Klage gegeben, die sogenannte actio mandata, aus der sich nach Ansicht von Mühlenbruch und Savigny die actio utilis entwickelt haben sollte (sogenanntes fingiertes Mandat). Diese Lehre ist insbesondere von Windscheid bekämpft worden, der nachwies, daß die actio mandata selbständig neben der actio utilis bestehe. Aus dem Charakter der actio mandata als solcher ergibt sich außerdem die Unanwendbarkeit auf die Legalzession. Der Zessionar wäre auf diese Weise vom Willen des Zedenten abhängig gewesen, z. B. von dessen Widerruf. Das sollte jedoch durch den, kraft Gesetzes erfolgenden Forderungsübergang gerade vermieden werden (vgl. Becker, Dissert., S. 11).

die Forderung[1]). Aus diesen Gesichtspunkten heraus fand, beeinflußt durch deutsche Rechtsanschauungen, die Singularsukzession für den Fall der Befriedigung durch Dritte im gemeinen Recht allgemein rechtliche Anerkennung[2]).

Zu dem vollzogenen Forderungsübergang kommt als zweites Erfordernis die denuntiatio hinzu, d. h. Anzeige an den Schuldner vom Forderungserwerbe. Die denuntiatio ist dazu bestimmt, dem Schuldner jeden Zweifel zu nehmen, an wen er nunmehr zu leisten habe, während bis zu diesem Zeitpunkt eine Zahlung an den bisherigen Gläubiger unbedingt befreiende Wirkung haben muß[3]).

Auf diesen in kurzen Zügen gegebenen Grundsätzen baut sich im römischen Recht der Forderungsübergang auf den befriedigenden Gläubiger auf. Zu einem allgemeinen Prinzip hat sich die Lehre von der cessio legis nicht ausgebildet. Zwar versuchten Savigny und andere gemeinrechtliche Schriftsteller einen einheitlichen Grundsatz dadurch aufzustellen, daß sie die Voraussetzungen der Legalzession dann für gegeben erachteten, wenn eine Verpflichtung zur Zession bestand, die selber erzwingbar war. Die neuere Praxis hat diese Lehre allgemein verworfen und vielmehr daran festgehalten, daß nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen ein Forderungsübergang ipso jure erfolgt, ein Satz, dem sich auch das BGB. angeschlossen hat.

§ 2.

II. Das Eintrittsrecht im Preuß. ALR.[4])

Auf ganz anderer Grundlage entwickelte sich im ALR. die Lehre vom Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers. Das ALR. scheute sich nicht, das allgemeine Prinzip anzuerkennen, daß da, wo jemand ohne Verpflichtung eine

---

[1]) Vgl. Decker, Dissert., S. 42.

[2]) Vgl. die R. G. Entsch. Bd. IV, No. 32, S. 115.

[3]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, S. 136 bis S. 137.

[4]) Vgl. dazu Schollmeyer: Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, a. a O.

fremde Schuld bezahlt hatte, die Forderung als fortbestehend fingiert werden, und ohne irgendwelche Zessionserklärung dem Befriedigenden der Eintritt in die Rechte des bisherigen Gläubigers kraft Gesetzes gewährt werden sollte. Damit war der bedeutungsvolle Schritt getan, der den Handlungen der Beteiligten bei diesem Akt in jeder Weise Rechnung trug. Der bisherige Gläubiger wurde befriedigt, gleichgültig von wem, der Befriedigende trat dafür in die Rechte des Vorgängers ein und konnte sie jederzeit geltend machen. Entsprechend diesen Ausführungen stellte denn auch der § 49 I. 16 des ALR. die Regel auf, daß jeder Dritte die Schuld eines anderen bezahlen könne. Dazu lautete der § 46 I. 16: „Überhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers“ [1]). Dieser Eintritt setzt

1. den animus solvendi voraus, d. h. die Absicht, die Schuld zu tilgen[2]). Die Möglichkeit der Geltendmachung der übergegangenen Forderung wird durch die Fiktion des Fortbestehens erreicht.

2. Als zweites Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 46 kommt hinzu das Rechtsverhältnis zwischen dem Drittzahler und Schuldner. Diesem kann nach § 45 I. 16 ein Auftragsverhältnis oder Geschäftsführung ohne Auftrag zugrunde liegen. Dadurch wird an sich ein Ersatzanspruch des Dritten geschaffen, bei der engen Anlehnung des § 46 an den § 45 muß jedoch gefolgert werden, daß sowohl dem im Auftrag als auch ohne Auftrag Handelnden das Eintrittsrecht nach § 46 gegeben werden soll. Ein ähnlicher Fall ist denkbar, wenn der Drittzahler eine fremde Schuld nicht in fremdem Interesse wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern im eigenen Interesse, z. B. um seine Sache von einem auf ihr haftenden Pfandrecht zu befreien, zahlt. Nach § 262 I. 16 ALR. ist in diesen Fällen der nützlichen Verwendung auch ein Ersatzanspruch begründet. Auch hier sind dem Verwendenden

[1]) Dernburg, BGB., Bd. II, 1, S. 109, Ziff. III.

[2]) § 43, I. 16 ALR.

die Rechte aus § 46 zuzubilligen[1]), mit anderen Worten, wenn die Klage aus nützlicher Verwendung gegeben ist, so findet auch ein Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers statt. Somit ist zu sagen, das zwischen dem Befriedigenden und dem Gläubiger bestehende Regreßverhältnis bildet die Voraussetzung für das Eintrittsrecht.

Es stehen dem Schuldner nun zwei Ansprüche entgegen, einmal die Rechte aus der übergegangenen Forderung, dann der Ersatzanspruch. Man wird in diesem Falle nach dem Grundsatz, daß die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden darf, die Entscheidung dahin treffen, daß man den einen Anspruch von dem anderen für abhängig erklärt, daß der eine also erlischt, wenn der andere geltend gemacht ist, und nur gegebenenfalls der überschießende Betrag, wenn die Ersatzforderung größer sein sollte, noch nachträglich beansprucht werden kann. Zum Schluß möchten wir an dieser Stelle noch auf eine Eigentümlichkeit hinweisen, die bei dem freien Standpunkt des preußischen Rechts etwas verwundernd erscheinen dürfte. Nach § 47 und 48, I. 16 gehen Vor- und Beirechte der Forderung durch die Zahlung nicht mit über, wohl aber Nebenrechte, insbesondere Verzugszinsen[1]). Bezüglich der ersteren gewährt das ALR. nur einen Anspruch auf Abtretung. Es tritt hier also der eigenartige Fall ein, daß zwei anscheinend zusammengehörige Rechte getrennt nebeneinander bestehen können, und daß die Abtretung, z. B. des Pfandrechts, das nach unseren Begriffen von der akzessorischen Natur ohne Forderung nicht bestehen kann, besonders beansprucht werden muß. Allerdings besteht eine Pflicht zur Abtretung seitens des bisherigen Gläubigers, der anderweitig über diese Vor- und Beirechte nicht mehr verfügen kann.

§ 3.

III. Die Subrogation im französischen Recht.

Das französische Obligationenrecht (vgl. C.c. Art. 1249 ff.) geht bei der Subrogation aus von einer gesetzlichen Singular-

[1]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 33.

[2]) Erkenntnis des ehemaligen Preußischen Obertribunals vom 11. Jan. 1876.

sukzession in Forderungsrechte und andere Ansprüche auf Grund der Erfüllung derselben gegenüber dem Gläubiger. Im Gegensatze zum römischen Rechte sieht es in der Zwangsabtretung (beneficium cedendarum actionum) nur eine zwecklose Formalität und läßt in den dem römischen Rechte gegenüber stark vermehrten Fällen der Artikel 1250, 1251 [1]) den Übergang des Gläubigeranspruches auf den zahlenden Dritten schon mit dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen unmittelbar kraft Gesetzes eintreten. Der bisherige Gläubiger ist nicht Zedent, sondern lediglich befriedigter Gläubiger, „der folgeweise aus dem Schuldverhältnisse nicht anders ausscheidet, als wenn letzteres erloschen wäre". In Ansehung des Dritten, der kraft Gesetzes die Forderung erwirbt, gelten ebenfalls nicht die gewöhnlichen Zessionsgrundsätze, schon weil ein Zedent im Rechtssinne nicht vorhanden ist, und nur in einzelnen Beziehungen, z. B. hinsichtlich der Übertragungsmöglichkeit konkreter Forderungen überhaupt, ist auf die Zessionslehre zurückzugehen. „Der vielfach gebrauchte Ausdruck cessio ficta ist also im französischen Recht wenig mehr als eine Reminiszenz aus dem historischen Entwicklungsgang des Instituts" [1]).

Nach Pothier mußte die Klagezession vor bzw. bei der Zahlung nachgesucht werden, verweigerte sie der Gläubiger, so konnte er darauf verklagt werden, aber die Praxis hielt eine solche Klage nicht einmal für notwendig und übertrug im Weigerungsfalle ohne weiteres die betreffenden Rechte auf den Zahlenden. Nach Dumoulin wieder war das Gesuch um Einsetzung unerheblich, es erfolgte der Eintritt in die Rechte des Gläubigers auf Grund der Zahlungen kraft Gesetzes, welche Ansicht auch der Code civil annahm. Danach erscheint die Bezeichnung der Subrogation als eine opération à double face sehr treffend; in Ansehung des Subrogierten im Verhältnis zum Schuldner — sagt man — sei sie eine cessio ficta,

[1]) Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, § 22, S. 278, besonders N. 7 ff.

[2]) Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 278/79.

in Ansehung des Gläubigers liege gewöhnliche Erfüllung vor. Das Institut bezweckt, dem erfüllenden Dritten für seine Ansprüche wegen der Erfüllung — also wenn er nicht animo donandi gegenüber dem Schuldner geleistet hat — die Sicherheiten zu verschaffen, welche dem ursprünglichen Gläubiger gegen den Schuldner zustanden. (C. c. Art. 1252). „Ein solches Resultat auch dann zu erreichen, wenn Gläubiger nicht statt Befriedigung zu dem Verkaufe seiner Forderung und Übernahme der damit verbundenen Garantiepflicht bereit ist, rechtfertigt das Institut einer besonderen Übertragung kraft Gesetzes in bestimmten vorgesehenen Fällen“ [1]), weil ohne diese Übertragung nicht leicht jemand zur Erfüllung für den Schuldner bereit sein dürfte. Das Gesetz begünstigt aus guten Gründen die Lösung (bzw. deren Erleichterung) der Schuldverhältnisse. Im Gegensatz zur Zession, die in der Regel zu einer Verschlimmerung der Lage des Schuldners führt, bezweckt hauptsächlich die Subrogation die Befreiung des Schuldners von seinem bisherigen Gläubiger, und lediglich zur Sicherung des Befreienden für das, was er zu diesem Zweck geleistet hat, den Übergang der Forderung auf ihn selbst. Da ein besonderes rechtliches Interesse an der Erfüllung durch den Dritten vorhanden sein muß, so unterscheidet sich der französische Gesetzgeber vom landrechtlichen, der auch dem unbefugten Eindringling auf Grund der Zahlung die Rechte des Gläubigers überträgt.

Subrogationsfälle des Code civil sind u. a.:

a) Das Abfindungsrecht des nachstehenden Gläubigers gegenüber einem der ihm vorgehenden Pfandgläubiger; bei teilweiser Abfindung tritt die Subrogation pro parte ein (C. c. Art. 1251 Ziff. 1).

b) Dem Solidarschuldner und dem Bürgen, sowie allgemein denjenigen, die erfüllt haben, was sie nur zusammen mit anderen oder für diese verschulden, stehen aus der Erfüllung die Rechte des befriedigten Gläubigers zu. Das rechtliche Interesse an der Erfüllung liegt schon darin,

[1]) Vgl. Crome, Grundlehren S. 280.

daß der Erfüllende verschuldet, was er leistet. Daher braucht er nur die Erfüllung zu beweisen, und daß er mit anderen oder für sie verhaftet war (C. c. Art. 1251 Ziff. 2, 3);

c) nach Ziffer 4 Art. 1251 die Subrogation des Benefizialerben, der Erbschaftsschulden aus eigenen Mitteln bezahlt hat.

Da die Sukzession der Regel nach in das gesamte Gläubigerrecht erfolgt, so hat der Subrogierte nicht nur alle Rechte des bisherigen Gläubigers bis zur Höhe der von ihm geleisteten Zahlung, sondern es stehen ihm auch alle Einreden entgegen, die dem ursprünglichen Gläubiger hätten entgegengesetzt werden können, insbesondere auch solche aus Rechtshandlungen desselben vor der Subrogation[1]).

Der Art. 1252 C. c. bestimmt, daß bei teilweiser Subrogation und Insuffizienz der Masse der ursprüngliche Gläubiger dem Subrogierten vorgeht. Diese Bestimmung, wonach also der Übergang der Rechte zum Nachteil des ursprünglichen Gläubigers nicht erfolgen soll, ergab sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Instituts, besonders stellt sie sich als notwendig und als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend in den oben erwähnten Sukzessionsfällen des Art. 1251 heraus, so hauptsächlich im Falle des Art. 1251 Ziff. 1 C. c. Die im Art. 1252 bestimmte Rangordnung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Subrogierten ist eben in den Interessen des Subrogationsfalles begründet. „Erfolgt die Subrogation unter Mitwirkung des Gläubigers, so kann letzterer freilich jederzeit auf den ihm durch Art. 1252 eingeräumten Vorzug Verzicht leisten (scil. soweit nicht der Begriff der Subrogation dadurch aufgehoben wird), wie er umgekehrt in beiden Fällen des Art. 1250 seine Prävalenz schon dadurch sichern kann, daß er eine teilweise Abfindung überhaupt nicht annimmt“ [1]). Zieht man für diese Sätze den persönlichen Anspruch heran, der dem Subrogierten aus der Erfüllung selbst unmittelbar erwächst, so kommt hierbei wohl nur die actio mandati bzw. die actio negotiorum gestorum in

[1]) Vgl. Crome, Grundlehren S. 291.
[2]) Vgl. Crome, Grundlehren S. 292.

Betracht, „da der rein subsidiarische, auf der aequitas beruhende und nur auf die vorhandene Bereicherung, also das id quod superest, gerichtete Versionsanspruch keinesfalls zu einer Beschränkung der Rechte des ursprünglichen Gläubigers durch Konkurrenz führen kann“ [2]).

Sind mehrere miteinander oder einer für den anderen in demselben Schuldverhältnisse verpflichtet, so erwirbt derjenige, der das Ganze erfüllt hat, nach Art. 1251 Ziff. 3 C. c. an sich die ganze Forderung gegen die übrigen Beteiligten. Denn es liegt im Wesen der Subrogation, daß sie nur in Ansehung des Gläubigers als reine Erfüllung wirkt, während in Ansehung des erfüllenden Dritten das Schuldverhältnis in seinem ganzen Umfange bestehen bleibt und als solches auf ihn übergeht.

---

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

Das Eintrittsrecht des BGB.

§ 4.

Begrenzung der Aufgabe.

Es liegt im Rahmen dieser Darstellung, lediglich auf die Fälle einzugehen, in denen das BGB. auf Grund der Tatsache der Befriedigung einen Forderungsübergang stattfinden läßt.

1. Es ist in erster Linie der Fall des § 267 BGB. auszuscheiden, nach dem regelmäßig für den Schuldner jeder Dritte mit befreiender Kraft leisten kann[1]). Im allgemeinen muß der Gläubiger die geschuldete Leistung von jedem Dritten annehmen, wenn dieselbe nicht gerade höchst persönlicher Natur ist und der Schuldner nicht widerspricht (BGB. § 267).

---

[1]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 293.

[2]) Vgl. Oertmann, Kommentar zu § 267 BGB. unter 1, Prinzip (S. 65), sowie die nicht hierher gehörenden Fälle (S. 65 unter 2), sowie den Unterschied des allgemeinen Anbietungsrechts des § 268, BGB. (unter 5, S. 68).

Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, daß der Dritte die Zahlung im Interesse des Schuldners macht, um das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, nicht um die Forderung zu erwerben[1]). Der Zahlende leistet also hier lediglich animo solvendi[2]), ein Eintrittsrecht findet also nicht statt. Ob der Leistende für seine Aufwendung Regreß gegen den Schuldner nehmen kann, richtet sich ganz nach dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnis. Es könnte § 670 (Auftrag) oder § 683 (Geschäftsführung ohne Auftrag) zur Anwendung kommen[3]). Des weiteren steht dem Leistenden hier nicht das ausgedehnte Befriedigungsrecht zu, von dem wir für unsere Betrachtung auszugehen haben, er darf also nicht etwa aufrechnen oder hinterlegen, sondern kann lediglich erfüllen (BGB. § 362). Es ist diese größere Freiheit des Befriedigungsrechts in den von uns zu erörternden Fällen im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß die eigenen Interessen des Leistenden auf dem Spiele stehen, es soll dem Befriedigenden jede Möglichkeit gewährt werden, sich vor Schaden zu bewahren, und im Verfolg dieses Gedankens findet auch der Forderungsübergang kraft Gesetzes statt. Der Befriedigende ist daher insbesondere auch nicht den Weiterungen ausgesetzt, die ihm durch das Verlangen nach Abtretung entstehen können. Dadurch unterscheidet sich unser Gebiet:

2. von der vertragsmäßigen Abtretung. Hier ist die ausdrückliche Abtretungserklärung erforderlich (BGB. § 398);

3. von den Fällen, wo zwar die Abtretung gesetzlich verlangt werden kann, der Übergang der Forderung aber nicht ipso jure erfolgt[4]), es muß hier auf Abschluß des Abtretungsvertrages geklagt werden[5]). Schließlich sind auch

---

[1]) Vgl. Planck, Bd. II, S. 39, Anm. 3; Schollmeyer, a. a. O. S. 74, Anm. 3; Staudinger, Kommentar, Bd. II, S. 28, Anm. 7.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 66, Anm. 2b.

[3]) Schollmeyer, a. a. O. S. 74 Anm. 4; Planck, Kommentar, Bd. II, S. 39, Anm. 3.

[4]) §§ 255, 281, 323, II BGB; vgl. Crome, BGB., Bd. II, S. 321, Anm. 14.

[5]) Matthiaß, Lehrbuch des BGB., Bd. I, S. 450.

4. jene Fälle gesetzlichen Forderungsüberganges nicht in Betracht zu ziehen, denen ein Befriedigungsakt seitens des gesetzlich Eintretenden nicht zugrunde liegt. Wir haben dabei an die Bestimmungen des BGB. über die Bildung des Gesamtguts in der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft zu denken (§§ 1438, Abs. 2, 1519, II, 1549).

Wir handeln hier nur von der sogenannten Subrogation, d. h. Forderungserwerb auf Grund der Befriedigung des Gläubigers. Der Ausdruck „Subrogation" wird auch in den Motiven Bd. II, S. 673, verwandt und ist recht glücklich gewählt, da er treffend „das Einrücken zur Erholung für die eigene gemachte Aufwendung" kennzeichnet[1]).

§ 5.

I. Die rechtliche Natur der Subrogation.

Die Fälle, in denen die Subrogation stattfindet, sind im BGB. an den verschiedenen Stellen einzeln behandelt[2]) und finden sich nicht allein im Recht der Schuldverhältnisse, sondern greifen infolge des für den Drittzahler oft schwerwiegenden Grundes, zur Sicherheit bestellte Objekte, insbesondere Pfänder und Grundstücke zu retten[3]), ferner einer gesetzlichen Unterhaltungspflicht zu genügen, auch ins Sachenrecht und Familienrecht hinein.

In diesen später im einzelnen zu behandelnden Materien finden sich regelmäßig wiederkehrend die Wendungen:

I. Soweit der Zahlende den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über und

II. der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden[4]).

Welche allgemeinen Grundsätze lassen sich hieraus für die Subrogation herleiten?

---

[1]) Crome, a. a. O. S. 343; Bütow, Dissert., S. 5.

[2]) Vgl. Motive, Bd. II, S. 120.

[3]) Ebenso Crome, a. a. O. S. 344.

[4]) Vgl. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 201.

ad I. Das Eintrittsrecht ist an die Befriedigung des Gläubigers gebunden. Befriedigung ist nicht nur Bewirkung der Leistung, sondern auch Aufrechnung und Hinterlegung. Dagegen ist die Annahme an Zahlungsstatt nicht hierher zu rechnen[1]). Mit dem Augenblicke der Befriedigung hört nun der bisherige Gläubiger auf, Gläubiger zu sein. Ohne seine Mitwirkung vollzieht sich ein Wechsel in den berechtigten Persönlichkeiten. Ist nun aber durch die Tatsache der Befriedigung des Gläubigers das Schuldverhältnis erloschen? Über diese Frage herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Aus dem Wortlaut des Gesetzes: die Forderung geht über, ist die Antwort nicht ohne weiteres zu geben. Einige Schriftsteller[2]) gehen von dem animus solvendi des Drittzahlers aus, durch die Befriedigung erlischt das Schuldverhältnis. Um nun aber diese Tatsache mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen, konstruieren sie eine neue Forderung gleichen Inhalts wie die alte, welche nach Untergang derselben als Ersatz entsteht und auch die erloschenen Nebenrechte wieder ans Tageslicht bringt. Dem stehen m. E. folgende Bedenken gegenüber. Nach BGB. § 401 gehen (arg. 412) Hypotheken und Pfandrechte auf den neuen Gläubiger über. Erhielte nun letzterer eine völlig neue Forderung, so hätte er selbst, wenn der Inhalt ganz identisch ist, kein Recht auf den alten Rang der Hypothek. Dieser Vorzug soll jedoch bei der Legalzession erhalten bleiben. Des weiteren wäre die Anwendbarkeit des § 406 in Frage gestellt, da dem Schuldner gegen eine wenn auch nur formell neue Forderung die Aufrechnungsbefugnis nicht zugestanden werden kann. Schließlich wäre es ganz unverständlich, wenn dem in Unkenntnis des Überganges sich befindenden Schuldner gemäß § 407, I ge-

---

[1]) A. M. Planck, a. a. O. S. 40, Anm. 4 zu § 268, der unter Befriedigung nur die Bewirkung der Leistung versteht und die Zulässigkeit der Aufrechnung und Hinterlegung für eine Erweiterung erklärt.

[2]) Insbesondere Stammler, a. a. O. S. 203; Dernburg BGB., Bd. II, 1, S. 327; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 552; Matthiaß, a. a. O. Bd. I, S. 459; ebenso Weißbart, Dissert., S. 48; Michelsen, Dissert., S. 41; Becker, a. a. O. S. 46.

stattet sein sollte, Leistungen mit befreiender Wirkung an seinen alten Gläubiger, dessen Forderung doch im Augenblick der Befriedigung erloschen ist, zu bewirken. Auch wäre die Unterbrechung der Verjährung, wenn wirklich eine neue Forderung entstanden ist, zum mindesten unerläßlich[1]). M. E. hat der Gesetzgeber unbedingt an dem Gedanken des Fortbestehens der Forderung festgehalten. Die Tatsache der Befriedigung durch einen Dritten bringt das Schuldverhältnis nicht zum Erlöschen, sondern überträgt die Forderung in ihrem alten Bestande zwangsweise auf den neuen Gläubiger, der nunmehr in die Stelle seines befriedigten Vorgängers einrückt[2]). Würden wir der ersten Konstruktion den Vorzug geben, so würden wir von einem Eintrittsrecht nicht sprechen können, denn von einem solchen kann nur da die Rede sein, wo das Fortbestehen der Forderung in ihrem alten Bestand notwendige Voraussetzung ist. Ganz unverträglich mit dem Erfordernis der Befriedigung des Gläubigers erscheint die Auffassung der Motive, Bd. III, S. 692, welche einen Kauf der Forderung für vorliegend halten. Wenn dies richtig wäre, so könnte der Gläubiger zur Annahme der Leistung keineswegs gezwungen werden, da der Kauf ein Vertrag ist[3]), auch könnte die Zahlung eines Kaufpreises nicht als Befriedigung für die geschuldete Leistung gelten, da der Preis sich nach Angebot und Nachfrage richtet, und ein Spekulationsgeschäft im Sinne unseres Institutes vermieden werden soll[4]). Der neue Gläubiger hat durch die Gewährung des Eintrittsrechts jetzt eine doppelte Sicherheit. Denn regelmäßig liefert das zwischen dem Drittzahler und dem Schuldner bestehende persönliche Rechtsverhältnis einen Ersatzanspruch. In den §§ 774, 1143, 1225 ist ausdrücklich hervorgehoben, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Befriedi-

---

[1]) Vgl. Michelsen, a. a. O. S. 42, der sich mit der gesetzlichen Fiktion des Fortbestehens in diesem Falle hilft.

[2]) Diese Anschauung vertritt besonders Crome a. a. O. S. 346, der nachweist, daß diese Auffassung der historischen Entwicklung entspricht.

[3]) Weißbart, Dissert., S. 46, 47.

[4]) Crome, a. a. O. S. 346.

genden bestehenden Rechtsverhältnis unberührt bleiben. Es gilt jedoch zweifellos diese Bestimmung für alle gleichgearteten Fälle, und das mehrfache Fehlen ist wohl lediglich auf die im Gesetz zu zerstreute Anordnung zurückzuführen[1]). Es käme also dementsprechend vielleicht ein Auftragsverhältnis (§ 670), Gesellschaft (§§ 705 ff), oder Gemeinschaft (§§ 741 ff) in Frage. Würde ein solches Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Zahlenden nicht vorhanden sein, so bliebe dem letzteren immer noch der Regreß aus der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aber die Kondiktion. Entschädigung bekäme der Drittzahler also jedenfalls; wenn das BGB. nun noch einen gesetzlichen Forderungsübergang stattfinden läßt, so geschieht dies, um die mit der alten Forderung verbundenen Vorzüge und Sicherheiten, insbesondere Bürgschaften, Hypotheken, Pfänder, Vorzugsrechte im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung mit zu übertragen. Die Geltendmachung des Eintrittsrechts schließt die Realisierung des Ersatzanspruchs, soweit dadurch derselbe Erfolg besser erreicht wird, nicht aus. Dadurch ist dem neuen Gläubiger die Möglichkeit gegeben, seine Rechte in vollem Umfang geltend zu machen, indem er vielleicht unter Zuhilfenahme des Ersatzanspruchs Aufwendungen und Zinsen erlangt, während durch sein Entrittsrecht die Hauptforderung gesichert erscheint[2]). —

ad II. Aus der sich in fast allen Fällen der Subrogation findenden Bestimmung, daß der Übergang nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers geltend gemacht werden kann, lassen sich im wesentlichen drei Gesichtspunkte entnehmen.

1. Da in den Fällen der Subrogation ein Zedent im eigentlichen Sinne gar nicht vorhanden ist, die Forderung vielmehr von selbst übergeht, so kann eine Haftung des alten Gläubigers für die Verität oder Bonität nicht stattfinden[3]). Die gewöhnliche Zession ist zwar auch an sich ein abstrakter Vertrag, d. h. der Zessionsakt ist losgelöst von der causa cessionis,

[1]) Stammler, a. a. O. S. 204; Dernburg, BGB., Bd. II, 1, S. 327.

[2]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 344.

[3]) Vgl. Stammler, a. a. O. S. 205; Dernburg, a. a. O.; Matthiaß, a. a. O. S. 460, Ziff. 1; Crome, a. a. O. S. 346.

gleichwohl bildet die causa die Unterlage für das Zustandekommen des Zessionsvertrages und verpflichtet daher auch zur Haftung für die Verität und unter Umständen für die Bonität der Forderung. Der Subrogation liegt eine causa cessionis zugrunde[1]), die Tatsache der Befriedigung. Doch verpflichtet diese den bisherigen Gläubiger zu nichts, der Übergang vollzieht sich ohne sein Zutun und überträgt die Forderung in dem alten Bestand. Im gewissen Sinne darf allerdings auch hier von einer Verität der Forderung gesprochen werden, da sonst der neue Gläubiger die Befriedigungssumme kondizieren könnte[2]).

2. Es muß dem bisherigen Gläubiger des weiteren entgegen den Bestimmungen der §§ 402 und 403, die (arg. 412) auf unsere Fälle Anwendung finden (s. unten S. 36 ff.), ein Zurückbehaltungsrecht von Urkunden über den Forderungsübergang zugestanden werden, soweit eine Übergabe ihm zum Nachteil gereichen könnte[3]). Es wäre hier z. B. an die Zurückbehaltung des Hypothekenbriefes im Falle nur teilweiser Befriedigung zu denken, offenbar könnte eine Aushändigung dieses Dokumentes die Geltendmachung des Restbetrages erschweren. Ferner muß dem bisherigen Gläubiger die Verweigerung der nach § 402 erforderlichen Auskunftspflicht dann gestattet werden, wenn z. B. die Befriedigung nur zu dem Zweck geschehen ist, um Geschäftsgeheimnisse des Befriedigten zu erfahren[4]).

3. Schließlich aber — und das dürfte nicht zum mindesten Anlaß zu der Bestimmung des Verbots der Geltendmachung der Forderung zum Nachteil des bisherigen Gläubigers

---

[1]) A. M. ist Stammler, a. a. O. S. 205, der eine causa cessionis überhaupt leugnet.

[2]) Weißbart, Dissert., S. 58.

[3]) Crome, a. a. O. S. 347; Stolzenberg, Dissert., S. 95: Das darf der bisherige Gläubiger auch dann, wenn die Urkunden nach § 952 in das Eigentum des eintretenden Gläubigers übergegangen sind. (Vgl. Dernburg, BGB., Bd. II, 1, S. 110 Anm. 8.)

[4]) Vgl. Stammler, a. a. O. S. 205; Dernburg, BGB., Bd. II, 1, S. 327 Stolzenberg, Dissert., S. 95, 96.

gegeben haben — soll vermieden werden, daß der neue Gläubiger bei nur teilweiser Befriedigung sein gegen den Schuldner erworbenes Recht unbekümmert um die Restforderung des bisherigen Gläubigers geltend macht; denn: „Nemo subrogat contra se". Nimmt der bisherige Gläubiger eine Teilleistung an, wozu er nicht verpflichtet ist, so geht er in bezug auf seine Restforderung der erworbenen Teilforderung des Befriedigenden im Range vor[1]).

Da bei Hypotheken nach § 1151 BGB. eine Teilung möglich ist, so geht, wenn nur ein Teil der Forderung des Gläubigers vom Dritten getilgt worden ist — vielleicht, weil der Gläubiger nur wegen dieses Teiles die Zwangsvollstreckung betrieb, mit diesem Teil auch ein entsprechender Teil der Hypothek über (vgl. § 1152 BGB.), aber mit dem Vorrang des Gläubigers vor der Teilhypothek des Ablösenden. Nach § 401 BGB. gehen mit der Forderung auch die etwa für sie bestehenden Hypotheken- oder Pfandrechte sowie Bürgschaftsrechte auf den Ablösenden über. „Besteht nun die Hypothek bzw. das Faustpfand auch noch für andere Forderungen des Gläubigers, so können sie nicht so ohne weiteres vom Ablösenden erworben werden. Vielmehr wird sich in diesen Fällen der Gläubiger stets auf die zu seinen Gunsten gegebene Vorschrift des § 268 BGB. berufen können, wird daher die Herausgabe des Faustpfandes mit Recht ablehnen". Auch hinsichtlich der Bürgschaftsrechte geht selbstverständlich der alte Gläubiger vor[2]). Besonders · · darauf weist Stolzenberg, S. 96—98, unter treffender Anführung einiger besonders charakteristischer Fälle aus dem Anwendungsgebiete des letzten Satzes von § 268 BGB. hin — kann der abgelöste Gläubiger zwecks Verhütung ihm drohender Nachteile der Geltendmachung von durch die Befriedigung auf den Ab-

[1]) „Nemo subrogat contra se." Das gilt auch insbesondere für den Konkurs des Schuldners. Vgl. Motive, Bd. II, S. 674, Bd. III, S. 730 a. E.; Zitiert bei Neumann, Kommentar z. BGB., Bd. I, S. 200, Ziff. 3 zu § 412; siehe unten S. 59 dieser Arbeit.

[2]) Vgl. Stolzenberg, a. a. O., und Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zu § 268 BGB.

lösenden übergegangenen Forderungen entgegentreten, wenn und soweit der Ablösende in Kollision mit den Interessen des alten Gläubigers geraten würde. So z. B., der Ablösende betreibt wegen der auf ihn durch die Befriedigung des Gläubigers übergegangenen Hypothek die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, das dem Gläubiger wegen einer anderen nachstehenden, aber noch nicht fälligen Forderung gleichfalls verhypotheziert war. Reicht nun unter den augenblicklichen Verhältnissen der zu erwartende Erlös der Versteigerung nicht zur Deckung der nachstehenden Hypothek des alten Gläubigers aus, so kann dieser der Subhastation entgegentreten und unter Berufung auf § 268 letzten Satz den Ablösenden zur Zurücknahme des Subhastationsantrages zwingen[1]). Unrichtig ist die neuerdings vertretene Ansicht[2]), daß bei Eintritt des erwähnten Falles die Möglichkeit von „Befriedigungen ohne Ende" gegeben sein könnte. Bütow meint nämlich, daß, wenn der Dritte den Gläubiger wegen der ersten Hypothek befriedigt — und dazu hat er ja ein Recht gemäß §§ 44, 52 ZVG., 879—881 BGB. —, der Gläubiger sich durch die Gefahr des Verlustes seiner nachstehenden noch nicht fälligen Hypothek veranlaßt sehen könnte, wiederum die Hypothek des Dritten durch Befriedigung abzulösen. Bei dieser Eventualität wäre, so meint Bütow, anzunehmen, „daß der Gläubiger das Befriedigungsangebot des Dritten müsse ablehnen können, indem er für den Fall der Befriedigung Gegenbefriedigung anbietet". Dadurch werde das Befriedigungsrecht, so folgert Bütow weiter, in seiner Ausübung gehemmt, bis der Gläubiger Rechtshandlungen vornimmt, die bezwecken, sich aus dem Grundstücke durch Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Verlangt der Gläubiger Befriedigung, so bekunde er damit, daß er sein eigenes bedrohtes Recht preisgebe. Denn wenn der Gläubiger nach diesem Verlangen noch die Befriedigung des Dritten mit einer Gegenbefriedigung beantworten würde, so verstoße er gegen Treu und Glauben.

---

[1]) Schollmeyer, a. a. O. S. 78.

[2]) Bütow in seiner Dissertation S. 51/52.

Das Ergebnis dieser Ansicht würde also sein, daß, wenn der Gläubiger von seinem Zwangsvollstreckungsrechte Gebrauch macht, er durch das Befriedigungsrecht des Dritten seine nachstehende, noch nicht fällige Hypothek unter Umständen verlieren kann. Das ist aber unmöglich der Sinn des Schlußsatzes von § 268 BGB., der den Gläubiger gerade gegen die Nachteile der Befriedigung durch einen Dritten schützen soll. Wird also seine erste Hypothek durch den Dritten abgelöst, so wird er eventuell durch Klage den Dritten, welcher nunmehr die Zwangsvollstreckung betreiben will, zur Zurücknahme des Subhastationsantrages zwingen können.

Ein anderer Fall wäre der, daß der Schuldner in Zahlungsunfähigkeit gerät, weil der Ablösende, auf den ein Teil der Forderung übergegangen war, ohne Rücksicht auf das vorgehende Recht des alten Gläubigers seine Forderung vom Schuldner einzutreiben versucht. In diesem Falle könnte der alte Gläubiger wegen der Gefährdung seiner Restforderung Einspruch gegen die Vornahme der Zwangsmaßregeln erheben. Schließlich könnte man auch noch an den Fall denken, daß der Dritte durch die Befriedigung ein Pfandrecht an einer Sache erlangt, an der dem alten Gläubiger noch ein weiteres und zwar nachstehendes Pfandrecht zusteht. Auch hier kann der Dritte sein besseres Pfandrecht nicht verwerten, wenn dem abgelösten Gläubiger dadurch Schaden entstehen würde. Der alte Gläubiger kann sich auch hier auf die bezügliche Bestimmung des § 268 BGB. berufen[1]).

Zu diesem Ergebnis kommt auch Bütow[2]) bei dem Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte, allerdings wieder auf dem überaus komplizierten Wege, daß er drei oder auch noch mehr Befriedigungen für möglich hält. Bütow geht hierbei immer von der m. E. nicht richtigen Voraussetzung aus, daß der Gläubiger, der durch den Dritten befriedigt ist, seinerseits den Dritten für dessen Forderung befriedigen müsse, um sein

[1]) Vgl. Stolzenberg Diss. S. 97/98, Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 205.

[2]) Bütow a. a. O. S. 46.

nachstehendes Pfandrecht nicht zu verlieren, und dann könne wieder der Dritte ein Befriedigungsrecht wegen der durch das nachstehende Pfandrecht gesicherten Forderung des Gläubigers ausüben. Dieses komplizierte Rechtsverhältnis kann m. E. nach der positiven Vorschrift des § 268, Schlußsatz, nicht eintreten. Denn der alte Gläubiger, welcher nach der ersten Befriedigung durch den Dritten dadurch etwa Schaden erleiden würde, weil ihm die Wegnahme der Pfandsache droht, kann die Herausgabe ablehnen und sogar, wenn er die Pfandsache nicht besitzt, wegen seines nachstehend geschützten Pfandrechts die Herausgabe vom Dritten, der sie besitzt, verlangen. Der Dritte wird sich seinerseits nur dadurch schützen können, daß er dem Gläubiger Befriedigung für beide Forderungen zugleich anbietet. In diesem Fall wird sich der Subrogation keine Schwierigkeit in den Weg stellen[1]).

Erhält der neue Gläubiger für seinen Teil Befriedigung vom Schuldner, und es tritt nunmehr völlige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ein, so daß die Geltendmachung der Restforderung des Gläubigers in Frage gestellt ist, so kann der bisherige Gläubiger die Leistung des Schuldners vom neuen Gläubiger kondizieren[2]) (§ 812), eventuell hat er Anspruch auf Schadenersatz nach § 823, Abs. 2[3]). Erfolgt die nachteilige Geltendmachung gegenüber dem bisherigen Gläubiger selbst, so ist diesem eine Einrede gegeben. Schollmeyer[4]) hebt hervor, daß die Einrichtung des beneficium cedendarum actionum des gemeinen Rechts weit vorteilhafter für den alten Gläubiger war, da dieser bei der Gefahr nachteiliger Geltendmachung die Zession verweigern konnte. Heute erfolgt der Übergang kraft Gesetzes,

---

[1]) Weißbart, Diss. S. 38, 39, 55. Ob der Gläubiger ein Recht hat, die Befriedigung für beide Forderungen vom Dritten zu verlangen, ist fraglich. M. E. ist die Frage mit Weißbart zu bejahen. A. M. ist Bütow a. a. O. S. 49.

[2]) So auch Crome, a. a. O. S. 347, Anm. 32. — Dernburg, BGB. Bd. II, 1, S. 327. — Cosack, Lehrbuch, Bd. I, S. 383. — Stammler, a. a. O. S. 205.

[3]) Vgl. Stolzenberg, Diss. S. 98.

[4]) Schollmeyer, a. a. O. S. 79. Anm. 5 zu § 268 a. E.

und zwar ohne Rücksicht darauf, ob eine solche Gefahr besteht oder nicht. Erfolgt also eine nachteilige Geltendmachung trotz des gesetzlichen Verbots, so ist heute der Gläubiger auf die oben erwähnten Rechtsbehelfe angewiesen. Seine Lage gegenüber dem gemeinen Recht ist dadurch insofern verschlechtert, als er heute zur besonderen Aufmerksamkeit genötigt ist, ob nicht etwa der neue Gläubiger sein erworbenes Recht zu seinem Nachteil ausnutze.

Man wird nicht anstehen dürfen, auch bei der Geltendmachung des dem neuen Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden persönlichen Regreßanspruches dem bisherigen Gläubiger den Vorrang einzuräumen, da eine Gefahr der Beeinträchtigung des teilweise Befriedigten für seine Restforderung auch hier vorliegen kann[1]).

Hinsichtlich des „Vorrangs" in den Subrogationsfällen des französischen Rechts ist auf das im § 3, III Gesagte zu verweisen.

Hiernach stellt sich uns das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers dar:

als die Befugnis, das kraft Gesetzes ohne Mitwirkung des befriedigten Gläubigers auf den Befriedigenden übergegangene Forderungsrecht in seinem alten Bestand dem Schuldner gegenüber geltend zu machen, ohne jedoch hierdurch die Rechtsstellung des bisherigen Gläubigers oder des Schuldners (s. unten S. 38 ff.) zu verschlechtern.

§ 6.

Die Voraussetzungen der Subrogation.

Wie wir bereits an anderer Stelle hervorgehoben haben, finden nach Vorschrift des § 412 die Bestimmungen über vertragsmäßige Abtretung einer Forderung entsprechende Anwendung auf den sich kraft Gesetzes vollziehenden Übergang. Es kommen dabei die §§ 399—404 und § 406—410 in Betracht. Die §§ 405, 411 sind von der Anwendung ausgeschlossen. Sie

[1]) Crome, a a. O. S. 348.

sind nur bei der vertragsmäßigen Zession zu berücksichtigen, da in ihnen die Vorlegung der Schuldurkunde bzw. die Ausstellung der Zessionsurkunde die stattgehabte Abtretung bezeugen soll, also der bisherige Gläubiger zum Zustandekommen der Abtretung eine Tätigkeit entfalten muß, die bei der Subrogation ausgeschlossen ist[1]). Aus den hier in Frage kommenden Bestimmungen des BGB. gewinnen wir die Voraussetzungen und Wirkungen (s. unten §§ 7 und 8) der Subrogation.

1. Durch die Befriedigung des Dritten tritt der Befriedigende in die Rechte des bisherigen Gläubigers. Würde also z. B. der Zahlende durch die Befriedigung in ein bestehendes Gesellschaftsverhältnis eintreten, so hätte er nicht nur die Rechte des bisherigen Gläubigers, sondern müßte auch die Pflichten übernehmen. Eine solche Subrogation in Verbindung mit Schuldübernahme kann mit Zustimmung aller Beteiligten stattfinden; eine nähere Betrachtung würde über den Rahmen unserer Aufgabe hinausgehen[1]).

2. Ein Eintrittsrecht kann ferner in allen Fällen nicht stattfinden, in denen die Leistung durch den Übergang der Forderung eine Veränderung des Inhalts erfahren würde (§ 399). Dabei spielt naturgemäß die Person des neuen Gläubigers eine wesentliche Rolle, denn es ist ersichtlich, daß gewisse Leistungen nur in Beziehung auf eine bestimmte Person

---

[1]) Ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. II, S. 553. Anm. 5, Becker, Dissert., S. 44, 45.

[2]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 325. — In der Entscheidung vom 21. Januar 1882 (Entscheid. d. RG. Bd. 6, Nr. 116, S. 377) hat der I. Zivilsenat des Reichsgerichts in betreff der Zession von Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen ausgesprochen, daß der Zessionar nur insofern berechtigt werde, als er die nach dem Vertrage dem Zedenten obliegende Gegenleistung beschaffe und nach ihrer Natur zu beschaffen vermöge. Im Urteil vom 23. Februar 1885 (Entsch. Bd. 13, Nr. 7, S. 13 sagt derselbe Senat, daß, wenn die überhaupt bestehenden Rechte aus einem noch nicht erfüllten Kaufvertrage abgetreten werden, der Zessionar nicht bloß einen Anspruch an den Käufer auf Zahlung einer dem Kaufpreise gleichen Summe, sondern die kontraktlichen Rechte des Verkäufers überhaupt erwerbe. Mit der ersten Entscheidung

versprochen und gemacht werden, ein Übergang der Forderung für den Schuldner also der Zahlung einer Nichtschuld gleichstehen würde. Es ist hier besonders an die Fälle des Versprechens einer Entschädigung für eine erlittene Kränkung (§ 847 und § 1300, II), Anspruch auf eine Grund- oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit, desgleichen der Bestellung des Nießbrauchs zu denken, wo wohl überall die Bestellung nur mit Rücksicht auf die Person des Gläubigers erfolgt, beim Nießbrauch in bezug auf seine Lebensdauer und durch einen Wechsel in der Person des Gläubigers also die Leistung einen erheblich anderen Inhalt erhalten würde[1]). Das würde auch beim Übergang des Anspruchs aus einem Vorvertrag auf Abschluß des Hauptvertrages der Fall sein, nicht aber nur deswegen, weil der neue Gläubiger dadurch vielleicht irgendwelche Verpflichtung auf sich nehmen müßte, deren Erfüllung durch die Person des neuen Gläubigers dem Schuldner, der den Hauptvertrag abschließen muß, fraglicher ist wie durch den bisherigen Gläubiger[2]), sondern allgemein, weil dem Schuldner nicht in jedem Fall der Abschluß des Hauptvertrages mit einem anderen als dem bisherigen Gläubiger zugemutet werden kann, etwa weil er gerade ihm Vorteile zuteil werden lassen will, die einer anderen Person zu gewähren für ihn kein Interesse hat[3]). Die angeführten Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, wo im einzelnen ein Übergang der Forderung der Leistung einen

---

setzt sich Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 271 Ziff. 2 Abs. 2 nicht in Widerspruch, wenn er meint, daß Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen übertragen werden können, ohne daß damit die korrespondierenden Pflichten zugleich übernommen zu werden brauchen. Der § 571 enthält tatsächlich eine Sonderbestimmung. Natürlich wirke nach § 404 BGB. die dem Zedenten gegenüberstehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch dem Zessionar gegenüber, und um ein Abtretungsverhältnis handelt es sich auch nur in der Entscheidung Bd. 6 Nr. 116.

[1]) Schollmeyer. a a. O. S. 364. — Crome, a. a. O. S. 325.

[2]) Schollmeyer, a. a. O.

[3]) Crome a. a. O. S. 325, Anm. 12. — Oertmann a. a. O. S 267 Ziff. Ia, wo als Beispiele angeführt sind: die meisten Ansprüche aus Dienstverträgen, teilweise auch solche aus Werkverträgen.

anderen Inhalt geben würde. Das Gesetz hat an mehreren Stellen diese Fälle durch positive Vorschriften ergänzt[1]).

3. Es entspricht unserem Rechtsgefühl, daß dem Schuldner schließlich auch die Möglichkeit gewährt werden muß, nur an eine bestimmte Person zu leisten, selbst wenn durch die Zahlung an eine dritte Person der Inhalt der Leistung sich nicht ändern würde[2]). Es ist also jeder Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger und Schuldner anzuerkennen, durch den das Eintrittsrecht einer dritten Persönlichkeit ausgeschlossen sein soll. Eine solche private Abrede hat dingliche Wirkung, d. h. die Forderung verliert die Fähigkeit, übertragen zu werden, wirkt also gegen jeden Dritten und schließt die Anwendbarkeit des § 137 aus[3]). Diese Bestimmung verdankt ihre Entstehung einem Beschlusse der zweiten Kommission, und zwar mit Rücksicht auf die vielfachen statutenmäßigen Eintrittsverbote, beispielsweise in die Rechte der aus Versicherungsverträgen entstehenden Forderungen, ferner in die Rechte auf Leistung gegen die Eisenbahn bei den Rückfahrts-, Rundreise- und Abonnementskarten, Forderungen aus den Depotscheinen der Reichsbank u. a. m.[4]). Der 1. Entwurf § 295, II wollte dieses Zugeständnis nicht machen in der Erwägung, daß häufige private Übereinkünfte, welche den Übergang verboten, nur zu dem Zweck geschehen, um die Zwangsvollstreckung in die Forderung wegen ihrer Unpfändbarkeit (ZPO. § 851, I) zu verhindern[5]). Diese Bedenken fielen jedoch hinweg durch den Zusatz, den die ZPO. § 851 im Abs. II erfahren hat, daß durch Vertrag unübertragbare Forderungen gepfändet werden könnten, soweit der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt. Wenn die ZPO.

---

[1]) Vgl. die §§ 514, 613, 664 II, 717, 1092, 1427, 1585, 1623, 1655/56, 1658, II. BGB. zitiert bei Schollmeyer, a. a. O. S. 365. — Staudinger, Kommentar, Bd. II Anm. Ia zu § 399 und Meisner, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, S. 92.

[2]) Vgl. die Protokolle, Bd. I, S. 384.

[3]) Matthiaß, Lehrb. zit. S. 451. — Schollmeyer a. a. O. S. 365 Ziff. 2.

[4]) Vgl. hierüber v. Staudinger, a. a. O. S. 136 Ziff. 1b zu § 399. — Schollmeyer, a. a. O. Matthiaß a. a. O.

[5]) Planck, a. a. O. S. 184. Anm. 3 zu § 399.

§ 851 I bestimmt, daß im allgemeinen unübertragbare Forderungen auch unpfändbar sein sollen, so liegt dieser Erwägung derselbe Gedanke zugrunde, wie der Bestimmung des BGB. § 400, daß unpfändbare Forderungen nicht abgetreten werden dürfen. Lediglich wirtschaftliche Gesichtspunkte leiteten hierbei den Gesetzgeber, damit die notwendigsten Subsistenzmittel in der Hand des Berechtigten blieben, sollte sowohl ein Übergang der Forderung beispielsweise auf das Gehalt, als auch eine gerichtliche Entziehung im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen sein. Der Gedanke ist also folgender: Schutz des Berechtigten vor sich selbst und dann vor seinen Gläubigern, es folgt also aus dem Übertragungsverbot das der Pfändung, denn es würde sonst bei übermäßiger Schuldenkontrahierung die Zwangsvollstreckung trotz des Übertragungsverbots, welches darauf keinen Einfluß hat, betrieben werden. Und umgekehrt sah sich der Gesetzgeber zu folgender Bestimmung veranlaßt[1]). Wenn die Forderung dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist, so soll sie auch nicht auf einen Dritten übergehen können. Denn es ist auch hier der Fall denkbar, daß der durch Not getriebene Empfangsberechtigte, von seinen Gläubigern gedrängt, in einen Übergang seiner Forderung auf einen Dritten einwilligt und sich auf diese Weise seiner Existenzmittel beraubt[2]).

---

[1]) Motive, Bd. II, S. 123.

[2]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 366, Anm. zu § 400. — Crome, a. a. O. S. 327, 328.

III. Wirkungen der Subrogation.

§ 7.

1. Das Verhältnis zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger.

Die Tatsache der Befriedigung vollzieht, wie wir dargestellt haben, den Gläubigerwechsel kraft Gesetzes. Damit hat der neue Gläubiger sämtliche mit diesem Akt zusammenhängenden Rechte erworben. Gläubiger des Befriedigten können nicht mehr auf die Forderung greifen, der Befriedigte selbst würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte er noch nach dem Übergang seine Rechte dem gutgläubigen Schuldner gegenüber geltend machen oder Erfüllung von ihm annehmen. Es würde ihn in solchem Fall eine Ersatzpflicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung treffen[1]). Im einzelnen ergibt sich für die Rechtsstellung der beiden Gläubiger folgendes[2]):

1. Eine Haftung für Verität oder Bonität der Forderung findet bei der Subrogation nicht statt (s. oben S. 22/23).

2. Neben- und Vorrechte gehen durch die Subrogation auf den Befriedigenden über. Das BGB. erwähnt im § 401 ausdrücklich nur Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus der Bürgschaft, es ist diese beschränkte Fassung durch Beratungen der II. Kommission veranlaßt worden, die den Ausdruck „Nebenrechte" (Entw. I § 297, S. 2) für bedenklich hielt, da er leicht zu Mißverständnissen führen könnte[3]). Es ist indessen zweifellos, daß die Begrenzung, wie sie jetzt vorliegt, zu eng ist, und daß der Übergang sich auch auf andere akzessorische Rechte beziehen muß. Hervorzuheben sind insbesondere die Rechte aus einer Vormerkung der übergegangenen Forderung im Grundbuch, ferner das Zurückbehaltungsrecht einer geschuldeten Leistung, welches jedoch bei dem

[1]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 329, 336. — Matthiaß, a. a. O. S. 454, Ziff. 4.

[2]) Vgl. die §§ 401—403 BGB.

[3]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 185, Anm. 1 zu § 401 und Eck, S. 394, die zur Begründung anführen, daß an das kaufmännische Retentionsrecht gedacht werden könnte (HGB. § 369).

Erfordernis der Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung nur dann übergehen kann, wenn eine Schuldübernahme stattgefunden hat[1]) (vgl. dazu § 273 BGB.). Streitig ist nun die Frage, ob das Recht auf Vertragsstrafe auf den neuen Gläubiger übergehe[2]). Die Konventionalstrafe stellt sich dar als eine Verpflichtung zur Leistung, die nur für den Fall eines Tuns oder Unterlassens entsteht und die Höhe des eventuell eintretenden Schadens im voraus festsetzt. Es ist der Übergang des Rechts auf Vertragsstrafe verschieden zu beurteilen, je nachdem dieselbe für nicht gehörige bzw. nicht rechtzeitige Erfüllung, oder gänzliche Nichterfüllung verabredet worden ist. Im letzteren Fall ist davon auszugehen, daß Hauptforderung und Vertragsstrafe nicht selbständig nebeneinander bestehen, daß in jedem Fall der Berechtigte entweder die Forderung oder die Strafe verlangt. Kommt also der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nicht nach, so ist eine bestimmte Entschädigung in solutione. Dabei ist es ohne Einfluß, ob die Vertragsstrafe zur Zeit des Übergangs verwirkt ist oder nicht. Der neue Gläubiger bekäme ja, da es sich um eine facultas alternativa handelt, unter keinen Umständen zu viel; wird das Recht auf Vertragsstrafe existent, so hat der Gläubiger sich zu entscheiden, ob er die Leistung oder die verwirkte Strafe verlangt (BGB. § 340), nach erfolgter Subrogation ist aber Gläubiger: der Befriedigende[3]). Die Gegner dieser Auffassung verlangen, daß der besondere Übergang der verwirkten Strafe zu beweisen sei, sie vertreten den Standpunkt, daß durch die Verwirkung die Vertragsstrafe einen selbständigen Charakter erhalte[4]). Diese Auffassung steht

---

[1]) Ebenso insbesondere Schollmeyer, a. a. O. S. 366, Anm. 1 zu § 401. — Planck, a. a. O. — Crome, a. a. O. S. 335, Anm. 6.

[2]) Das BGB. gibt hierüber keine bestimmten Auslegungsregeln. Vgl. die Motive Bd. II, S. 125.

[3]) Schollmeyer, a. a. O. S. 367. — Planck, a. a. O. S. 185. — Eck, Vorträge, S. 394. — Staudinger, a. a. O. S. 138, Anm. 2 zu § 401.

[4]) Dernburg, BGB. II. 1, S. 222, No. III, 3. — Cosack, a. a. O. Bd. I, S. 379 Ziff. 2. — Vergl. auch Oertmann, a. a. O. S. 272, Anm. 1 zu § 401. — Crome, a. a. O. S. 336 „nach Verkehrsgrundsätzen". Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. II, S. 441.

jedoch im Widerspruch mit der Annahme der Alternativfakultät, ihr ist beizustimmen, sofern die Vertragsstrafe für die nicht gehörige oder nicht rechtzeitige Erfüllung vereinbart ist (BGB. § 341). Wird die Strafe hier verwirkt, so kann sie neben der Erfüllung verlangt werden. Es bestehen hier zwei selbständige Ansprüche. Diese selbständige Natur hat aber die Vertragsstrafe noch nicht, wenn sie noch nicht verwirkt ist. Erst wenn sie existent wird, tritt sie kumulativ neben die Hauptverbindlichkeit. Bildet die Vertragsstrafe ein selbständiges Recht, so wird es bei der Subrogation auf das Maß der Befriedigung ankommen, ob der Befriedigende in das Recht auf die Hauptforderung, das Recht auf die Vertragsstrafe oder in beide Rechte sukzediert. Im Fall nicht gehöriger oder nicht rechtzeitiger Erfüllung verliert also die Vertragsstrafe, wenn sie verwirkt ist, den Charakter des mit der Hauptforderung übergehenden Vor- oder Nebenrechts. Ist sie noch nicht verwirkt, so ist anzunehmen, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe zusammen mit dem Hauptanspruch auf den neuen Gläubiger übergeht. In diesem Fall bestehen beide Rechte noch als „ein Schuldverhältnis“ [1]).

Von den Nebenrechten zu trennen sind die Nebenforderungen, insbesondere Zinsen, Früchte, Kosten. Ob sie mit übergehen, ist stets Auslegungsfrage des einzelnen Falles, jedenfalls ist mit Sicherheit anzunehmen, daß rückständige Vertragszinsen, als Entschädigung für den vom Befriedigten gewährten Kredit, dem bisherigen Gläubiger zustehen[2]). Des weiteren gehen die sogenannten privilegia exigendi mit der Forderung über[3]), d. h. Vorzugsrechte in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs (vgl. dazu ZVO. 10—12 und KO. § 61/62), z. B. eine Forderung auf Gesindelohn[4]). Vorzugs-

[1]) Dernburg, a. a. O.

[2]) Ebenso Gruchot, Bd. 26. S. 420. Zitiert bei Schollmeyer, a. a. O. S. 368, Anm. 2. — Crome, a. a. O. S. 336, Anm. 8.

[3]) Entw. Bd. I, § 297: „Und zwar auch, wenn zur Zeit des Uebergangs das Konkursverfahren noch nicht eröffnet war.“ (Später als entbehrlich gestrichen.)

[4]) Eck, Vorträge, S 394.

rechte, die einem Gläubiger nur in Person zustehen, gibt es weder nach der ZPO. noch nach der KO. Würde es solche geben, so dürfte der neue Gläubiger, falls er solche besäße, dieselben m. E. nicht geltend machen, denn zweifellos würde dadurch die Lage des Schuldners verschlechtert werden[1]). Anderer Meinung ist in dieser Beziehung Oertmann (S. 272, Anm. 3 zu § 401), welcher auf dem Standpunkt steht, daß die Forderung in der Person des Neuerwerbers ein „restloses" Ganze ist. Einer etwaigen Schikane gegen den Schuldner durch Geltendmachung des besonders Bevorrechtigten ständen die Vorschriften des BGB. § 226, § 242, § 826 entgegen.

3. Der alte Gläubiger muß Auskunft erteilen, die zum Beweise dienenden Urkunden herausgeben und auf Verlangen ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis[2]) ausstellen, daß die Forderung übergegangen sei. Da durch den Übergang der Forderung auf den neuen Gläubiger der bisherige Gläubiger seine Rechtsstellung dem Schuldner gegenüber verliert, und demgemäß sein Interesse an der Geltendmachung aufhört, erscheint es als notwendige Pflicht, daß er dem Befriedigenden die erforderliche Auskunft erteilt, damit die Geltendmachung von seiten des letzteren keinen erheblichen Schwierigkeiten begegnet[3]). Aus demselben Grunde wird ihm die Verpflichtung auferlegt, die nötigen Beweisdokumente auszuliefern (Schuldscheine, Grundbuchauszüge), wobei Eigentumsverschaffung nicht erforderlich ist.

Wie wird nun aber zu entscheiden sein, wenn nur ein Teil der Forderung übergeht oder für mehrere Forderungen nur eine Urkunde ausgestellt ist? Der bisherige Gläubiger wird nur dann zur Aushändigung der Urkunde verpflichtet sein, wenn dieselbe für ihn kein Interesse mehr hat, ein solches wird jedoch immer da vorhanden sein, wo dem bisherigen Gläubiger noch eine Restforderung zusteht. Eine Heraus-

[1]) Schollmeyer, a. a. O. S. 368, Anm. 4. — Planck, a. a. O S. 185.

[2]) Motive, Bd. II, S. 128.

[3]) Insbesondere Benennung von Beweismitteln, Prorogationsverträgen, Zahlungszeit und -ort; vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 369, Anm. IIa zu § 402 und Oertmann, S. 274, Anm. 2a zu § 402.

gabepflicht würde hier als nachteilige Geltendmachung für den bisherigen Gläubiger aufzufassen sein. Dem neuen Gläubiger steht dafür das Recht zu, nach Maßgabe des § 444, Satz 2, eine öffentlich beglaubigte Abschrift oder einen Auszug auf Kosten des bisherigen Gläubigers zu verlangen[1]). Planck[2]) entscheidet sich in diesen Fällen für den Mitbesitz, während Schollmeyer[3]), sich stützend auf den Wortlaut des § 402, in jedem Fall die Auslieferung der Urkunde verlangt und dem bisherigen Gläubiger nur bei öffentlichen Urkunden eine öffentlich beglaubigte Abschrift zugestehen will. Noch anderer Ansicht ist Staudinger[4]), welcher, sich berufend auf die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 21, S. 368, eine Herausgabepflicht der Urkunde gegen die Verpflichtung des neuen Gläubigers auf Rückgabe nach gemachtem Gebrauch statuieren will und auch einen öffentlich beglaubigten Auszug für zulässig erklärt, sofern ein solcher zur Geltendmachung des Anspruchs dem neuen Gläubiger genügt.

Geht die übertragene Forderung auf einen zweiten und dritten Gläubiger kraft Gesetzes über, so werden wir auch ihm die Berechtigung, Auskunft und die erforderlichen Urkunden zu verlangen, nicht versagen dürfen, und zwar muß ihm unter Umständen die Befugnis eingeräumt werden, sich an den ursprünglichen Gläubiger zu wenden, wenn sein Rechtsvorgänger es versäumt, sich die Beweisdokumente aushändigen zu lassen[5]).

Eine besondere Sicherung gewährt dem neuen Gläubiger die Bestimmung, daß er ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis (vgl. BGB. § 129) verlangen kann. Erforderlich ist ein solches selbstverständlich nicht, der Schuldner kann auch auf

---

[1]) Diese Ansicht vertreten: Dernburg, BGB., Bd. II, 1, S. 324, Ziff. 2; Oertmann, S. 274, Anm. 2 zu § 402; Crome, a. a. O. S. 337, Anm. 17; Ruer, Dissert., S. 62.

[2]) Planck, a. a. O. S. 186, Bem. 1 zu § 402

[3]) Schollmeyer, a. a. O. S. 370, Anm. 3 zu § 402.

[4]) v. Staudinger, a. a. O. S. 138, Anm. 1 zu § 402.

[5]) Für diese Extensiv-Interpretation des § 402: Dernburg, S 324, § 142 Bd. I, 1 (BGB.). — Schollmeyer, a. a. O. S. 370.

die bloße Erklärung oder eine einfache schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers an den neuen Gläubiger zahlen, und er muß es sogar gegen Aushändigung einer solchen schriftlichen Erklärung nach § 410, aber er kann immerhin den Beweis der Echtheit verlangen. Zu diesem Zweck ist das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, welches außerdem erhöhte Beweiskraft besitzt, von großem Wert. Der neue Gläubiger hat die Kosten zu tragen bzw. vorzuschießen. Solange dies nicht geschehen ist, kommt der bisherige Gläubiger mit der Ausstellung trotz Mahnung nicht in Verzug bzw. es wird ihm ein Retentionsrecht gewährt[1]).

§ 8.

2. Die Rechtsstellung des Schuldners.

Wenngleich auch der Gesetzgeber durch die Auskunftspflicht und Urkundenübergabe des Befriedigten dem Subrogierten wirksame Mittel zur Geltendmachung seiner erworbenen Rechte dem Schuldner gegenüber an die Hand gibt, so ist seine Lage doch besonders beim Forderungsübergang kraft Gesetzes eine keineswegs günstige[2]). Denn die Subrogation vollzieht sich stets ohne Wissen des Schuldners, und es ist durchaus billig, daß, so lange dieser von der Befriedigung keine Kenntnis hat[3]), ihm erhöhter Schutz gewährt wird. Dadurch verschlechtert sich in der Regel die Lage des neuen Gläubigers. Wir betrachten im folgenden zunächst:

a) die Rechtsstellung des Schuldners gegenüber dem bisherigen und neuen Gläubiger bei mangelnder Kenntnis der Subrogation (BGB. §§ 407, 408, 410, Abs. 1, S. 2). Für den Schuldner ist in diesem Fall der Rechtsakt, welcher sich zwischen dem Befriedigten und Befriedigenden abgespielt hat,

---

[1]) Planck, a. a. O. Anm. 3 zu § 403, S. 186. — Schollmeyer, a. a. O. S. 371, Anm. 2 zu § 403.

[2]) Dernburg, BGB. Bd. II, 1, § 140 S. 318, spricht von der „Gebrechlichkeit" der Rechte.

[3]) Vgl. die Motive Bd. II S. 133: Die Feststellung der Kenntnis wird stets Sache richterlicher Beurteilung sein (Schollmeyer, S. 393e).

völlig bedeutungslos. Der Schuldner muß vor der Möglichkeit, doppelt zu zahlen, gewahrt werden, und daher darf er Leistungen und Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung mit befreiender Wirkung seinem bisherigen Gläubiger gegenüber vornehmen. Der Gesetzgeber macht einen Unterschied zwischen Leistungen und Rechtsgeschäften, um hervorzuheben, daß die Leistung nicht immer ein einseitiges Rechtsgeschäft sein muß[1]), d. h. eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Schuldner darf aber auch einseitige Rechtsgeschäfte vornehmen, beispielsweise Kündigung, Mahnung[2]), auch das Angebot der Leistung wäre hierher zu rechnen, wodurch der Befriedigte mit Wirkung gegen den neuen Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt werden kann (§ 293 f. BGB.). Irgendwelchen Schadenersatzanspruch kann der Neuerwerber dem Schuldner gegenüber nicht geltend machen, selbst dann nicht, wenn der Schuldner seine Unkenntnis grobfahrlässig verschuldet hat, denn das Kennen steht dem Kennenmüssen nicht gleich. Der Rechtsakt, den der Schuldner mit seinem alten Gläubiger vornimmt, wird so angesehen, als ob der neue Gläubiger Kontrahent gewesen wäre[3]).

Die gleiche Wirkung hat für den neuen Gläubiger ein Urteil, das über einen nach erfolgtem Übergang anhängig gewordenen Rechtsstreit zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner ergeht, wobei das Gesetz Unkenntnis des Schuldners vom Übergang zur Zeit der Rechtshängigkeit voraussetzt. Der Absatz 2 des § 407, der diese Bestimmung trifft, enthält eine Ausdehnung des § 325 ZPO., in welchem bestimmt ist, daß das rechtskräftige Urteil für und gegen die Personen wirkt, welche nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger geworden sind. Der Entw. I, § 304, Abs. 2 schob im Gegensatz zu der heutigen Fassung des § 407 die Konsequenzen der Unkenntnis in den Lauf des Prozesses. Es sollte lediglich darauf ankommen, ob der Schuldner sich noch wäh-

[1]) Bestellung z. B. einer Grundschuld, wo die Eintragungsbewilligung vor dem Grundbuchamt genügt (Schollmeyer, a. a. O. S. 378).

[2]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 316.

[3]) Ebenso Schollmeyer, a. a. O. S. 379.

rend des Prozesses in Unkenntnis des Überganges befinde, und zwar zu einer Zeit, wo der Übergang auf den Befriedigenden von seiten des Schuldners oder des bisherigen Gläubigers im Prozeß[1]) hätte geltend gemacht werden können[2]). Der Gesetzgeber läßt die Wirkung gegen den neuen Gläubiger schon bei bloßer Unkenntnis zur Zeit der Rechtshängigkeit eintreten, es kommt nicht darauf an, ob der klagende oder der beklagte Schuldner während des Prozesses vor Ergehen des Urteils von der Subrogation Kenntnis erhalten hat. Allerdings wirkt das Urteil erst dann gegen den neuen Gläubiger, wenn es rechtskräftig ist. Es ist jedoch denkbar, daß der neue Gläubiger, nachdem er erfahren hat, daß der Befriedigte noch seine Forderung im Wege der Klage gegen den unwissenden Schuldner geltend macht, seinerseits eher ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erwirkt, als der bisherige Gläubiger zu diesem Ziel gelangt. Dann macht das zwischen dem Schuldner und Befriedigten ergehende Urteil nicht Rechtskraft gegenüber dem Befriedigenden. Bedenken können sich immerhin dadurch ergeben, wenn nach § 407, Abs. 2 der Schuldner, der zur Zeit der Rechtshängigkeit sich tatsächlich in Unkenntnis über die Subrogation befindet, gezwungen werden sollte, deswegen den Prozeß mit dem gegen ihn klagenden bisherigen Gläubiger, der gar keine Berechtigung mehr zur Geltendmachung des Anspruchs hat, völlig durchzuführen, eben weil er zur Zeit der Rechtshängigkeit von dem stattgehabten Übergang noch keine Ahnung hatte und nicht vielmehr ihm die Möglichkeit verschafft werden sollte, den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation während des Prozesses, sobald er von der Tatsache des Überganges erfährt, dem Kläger entgegenzusetzen. Man wird dem beklagten Schuldner dieses Zugeständnis machen müssen[1]). Dasselbe hat man auch konsequenterweise von der Leistung anzunehmen, die der in Unkenntnis befindliche Schuldner an dem bisherigen Gläubiger

---

[1]) Einwand der fehlenden Aktivlegetimation (Schollmeyer, a a. O. S. 380).

[2]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 190, Anm. zu § 407.

[3]) Ebenso Planck, a. a. O.

macht. Es handelt sich im § 407 nur um ein Recht des Schuldners, nicht des bisherigen Gläubigers, der gar nicht mehr Gläubiger ist. Erfährt der Schuldner hinterher die wahre Sachlage, so braucht er das Gezahlte als Erfüllung nicht gelten zu lassen[1]).

Einen weiteren Schutz gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Schuldner, wenn der alte Gläubiger die Forderung, die durch die Befriedigung auf den Subrogierten übergegangen ist, nochmals an einen Dritten abtritt, eine gerichtliche Überweisung an den Dritten stattfindet, oder der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt[2]), daß ein gesetzlicher Übergang auf ihn stattgefunden habe (BGB. § 408). Durch einen solchen Akt wird der Dritte nicht etwa Gläubiger, denn der ursprüngliche Gläubiger kann ein Recht, das er selbst nicht hat, nicht mehr übertragen[3]). Gleichwohl muß der gutgläubige Schuldner, der nur Kenntnis von dem zweiten Übergang hat, für die Rechtshandlungen, die er dem Dritten gegenüber vornimmt, geschützt werden, und der wahre Gläubiger muß dieselben gegen sich gelten lassen. Der hier erörterte Fall ließe sich etwa folgendermaßen darstellen: A. betreibt die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner S. gehörigen Gegenstand wegen 1000 Mk. B. fürchtet als Nießbraucher den Gegenstand zu verlieren und zahlt an A. die 1000 Mk. (BGB. § 268). Dadurch ist B. Gläubiger des S. geworden. Der Mieter C., der von der Zahlung des B. nichts weiß, befriedigt aus demselben Grunde den A., welcher nun seinerseits dem C. eine schriftliche Anerkennungsurkunde über den auf ihn erfolgten Übergang der Forderung ausstellt. Jetzt kann der Schuldner S., der nur von dem Übergang an C. etwas weiß, mit diesem Rechtshandlungen mit Wirkung gegen B. vornehmen. Eine Verpflichtung des S., an C. gegen Aushändigung der Urkunde zu zahlen (nach § 410), besteht hier nicht, denn C. ist nicht der neue Gläubiger, auch kann der Schuldner

---

[1]) A. M. sind die Motive S. 234 Bd. II und Endemann BGB. Bd. I, S. 878 § 152.[7] Vgl. hierüber Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 443, Anm. 2.

[2]) Es genügt formlose Erklärung. (Schollmeyer, S. 382).

[3]) Dernburg, a. a. O. S. 315, Ziff. 2. — Crome, a. a. O. S. 329.

mit einer Forderung, die er aufrechenbar gegen A. besaß, dem C. gegenüber nicht aufrechnen[1]). Der wirkliche Gläubiger wird in allen diesen Fällen Regreß gegen den Dritten nach § 816 bzw. gegen den Befriedigten nach § 823 nehmen können.

Wir wenden uns nunmehr

b) zu der Betrachtung der Rechtsstellung des Schuldners bei Kenntnis der Subrogation. Auch hier wird dem Schuldner ein weitgehender Schutz gewährt. Das gilt insbesondere im Falle der §§ 404, 406, auf die wir an anderer Stelle[2]) noch näher einzugehen haben. Der Befriedigende ist infolgedessen auch hier dem Schuldner gegenüber recht ungünstig gestellt. In bezug auf die Kenntnis des Schuldners unterscheiden wir drei Stadien[3]):

1. Der Schuldner hat noch keine sichere Kenntnis. In diesem Falle hat er die größte Freiheit. Er kann mit befreiender Wirkung seinem bisherigen Gläubiger zahlen, es steht ihm jedoch auch frei, sich in Rechtsgeschäfte mit dem neuen Gläubiger einzulassen. Will er das nicht, so kann er etwaige Mahnungen und Kündigungen des neuen Gläubigers, der eine Anerkennungsurkunde nicht vorlegt, zurückweisen, allerdings muß dies nach Vorschrift des § 410, Abs. 1 unverzüglich geschehen[4]). Schließlich kann der Schuldner in diesem Dilemma sich allen Weiterungen durch Hinterlegung entziehen. Ein bloßes Hörensagen ist jedenfalls keine Kenntnis. Dazu ist vielmehr erforderlich

2. eine vertrauenswürdige Mitteilung, jedoch ohne daß gerade eine ausdrückliche Anerkennung erfolgen muß. Hier-

---

[1]) Vgl. Protokolle, Bd. I S. 393/94. Auf § 406 ist im § 408 nicht Bezug genommen.

[2]) Siehe unten S. 48 ff.

[3]) Vergl. dazu Cosack, a. a. O. I, S. 377 ff. — Crome, a. a. O. S. 330 ff.

[4]) Der Schuldner muß beweisen, daß eine solche Urkunde nicht vorgelegt und deswegen die Kündigung und Mahnung zurückgewiesen sei. (Schollmeyer, a. a. O. S. 389, Anm. 3.) Planck will dem neuen Gläubiger den Beweis auferlegen, daß er eine solche Urkunde vorgelegt habe (Komm. zu § 410 BGB.).

durch hört der gute Glaube des Schuldners jedenfalls auf. Unter keinen Umständen darf er jetzt noch an den alten Gläubiger leisten, das hieße, eine Schuld wissentlich an einen Nichtgläubiger zahlen. Häufig wird der Schuldner nun den Subrogierten als seinen neuen Gläubiger anerkennen, denn in die Gefahr, zweimal zu zahlen, wird er kaum kommen, jedenfalls wird er im Falle der Zahlung an den neuen Gläubiger zweckmäßig die Aushändigung einer Anerkennungsurkunde verlangen[1]), aber eine Verpflichtung zur Zahlung besteht auch jetzt noch nicht. Das ändert sich jedoch, wenn

3. der bisherige Gläubiger dem Schuldner anzeigt, daß er den erfolgten Übergang anerkenne oder dem Dritten eine Anerkennnugsurkunde vom alten Gläubiger ausgestellt wird (§ 409, § 410)[2]). Es ist dies eine moderne Denuntiation, die sich von dem römischen Institut dadurch unterscheidet, daß sie vom bisherigen Gläubiger ausgeht und den Schutz des Schuldners noch weiter ausgestaltet. Denn durch die Anerkennung, die dem Schuldner zugeht, hat er einen neuen Gläubiger, dem er leisten kann, selbst wenn er sich im schlechten Glauben befindet[3]). Er braucht natürlich nicht zu zahlen, wenn er die Unrichtigkeit der Mitteilung kennt. Daß die Anzeige über die Anerkennung an den Schuldner schriftlich geschieht, erfordert der § 409 nicht. Es genügt vielmehr eine formlose mündliche Erklärung, ist jedoch eine schriftliche Mitteilung ergangen, so hat dies nach § 410 die Wirkung, daß der Schuldner an den in der Urkunde Bezeichneten zahlen muß, ohne noch insbesondere die Aushändigung einer Anerkennungsurkunde vom Dritten verlangen zu können; er hat ja durch

---

[1]) Es wäre ja immerhin möglich, daß der bisherige Gläubiger den Uebergang leugnet, dann hätte der Schuldner dadurch einen leichten Beweis.

[2]) Vorausgesetzt wird, daß die Urkunde weder nichtig, noch anfechtbar ist, das wäre z. B. der Fall, wenn der bisherige Gläubiger, der es gar nicht mehr ist, anerkennt, daß die Forderung auf einen Dritten übergegangen sei.

[3]) Vgl. die Motive, Bd. II, S. 135—136. Bei vorsätzlicher Schadenszufügung besteht jedoch eine Ersatzpflicht nach § 826. Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 323. § 141, Bd. II, No. 4.

die Urkunde des bisherigen Gläubigers ein ausreichendes Beweisstück in Händen, um einer etwaigen Behauptung des Befriedigten, daß ein Übergang nicht stattgefunden habe, wirksam entgegentreten zu können. Es ist nun der Fall denkbar, daß dem Schuldner von seinem bisherigen Gläubiger die Anzeige zugeht, daß er den auf einen Dritten erfolgten Übergang anerkenne. Der Schuldner weiß zu dieser Zeit nichts von seinem wirklichen Gläubiger, erfährt aber die wahre Sachlage gleichzeitig mit der Vornahme von Rechtshandlungen dem Dritten gegenüber. Es fragt sich, ob die Unkenntnis des Schuldners für die Wirksamkeit gegen den tatsächlichen Gläubiger auch noch zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlungen vorhanden sein muß. Die Motive Bd. II, S. 136[1]) schließen sich der letzteren Ansicht an, indem sie zur Begründung hervorheben, daß die Anzeige allein das Schuldverhältnis in keiner Weise berühre. Sie verkennen jedoch nicht, daß die Anzeige ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 ist. Hierin liegt m. E. die Entwaffnung. Zweifellos ist die Anzeige ein Rechtsgeschäft[2]), und zwar ein solches, das in Ansehung der Forderung gemacht wird. Dadurch ist der Schuldner nunmehr ermächtigt, den Dritten als Gläubiger zu betrachten. Das muß der wahre Gläubiger nach § 407 gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Schuldner zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts, d. h. der Anzeige vom Übergang Kenntnis hat. Es ist demnach nicht einzusehen, warum die Unkenntnis auch noch zur Zeit der Vornahme der Rechtsakte dem Dritten gegenüber bestehen muß, zumal die Anerkennung nach § 409 den Schuldner zu allen Rechtshandlungen mit dem in der Anerkennungsurkunde Benannten ermächtigt. Der Beweis, daß der Schuldner zur Zeit der Anzeige den Übergang gekannt habe, würde den wirklichen Gläubiger treffen[3]).

---

[1]) Ebenso Oertmann, S. 282, Anm. 5 zu § 409.

[2]) Vgl. Eck-Leonhard, Vorträge S. 391, Anm. 3., der die Anzeige nicht als Rechtsgeschäft gelten lassen will.

[3]) Diese Ansicht vertreten Schollmeyer, a. a. O. S. 385, Anm. 2b zu § 409. — Planck, a. a. O. S. 193—194, Anm. 5 zu § 409. — Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 450 § 224, Bd. II litt. f.

Eine indirekte Mitteilung an den Schuldner erfolgt auch durch Vorlegung einer Urkunde durch den Dritten, in welcher der bisherige Gläubiger den Übergang anerkennt. Durch die Vorlegung erhält der Schuldner die Mitteilung; er kann nun leisten unbekümmert darum, ob der Übergang stattgefunden hat oder nicht, der entsprechende Vorgang bei Vorlegung einer Vollmachtsurkunde nach § 172 wäre nichtig, wenn der Dritte das Nichtbestehen der Vertretungsmacht kannte. Das rechtfertigt sich jedoch aus der regelmäßig kausalen Natur der Bevollmächtigung, während die Subrogation ein völlig abstrakter Vorgang ist, bei dem nur die Gültigkeit der Anzeige vorausgesetzt wird[1]). Ein weiterer Grund liegt in der Wirkung der Vertretungsmacht nach außen, während die Anzeige nur das innere Verhältnis berührt[2]). Berichtigt der Schuldner nun seine Verbindlichkeit, so ist es immerhin wünschenswert, daß er ein Beweismittel in der Hand hat, um der Möglichkeit einer nochmaligen Zahlung an den bisherigen Gläubiger wirksam zu begegnen. Darum hält der Gesetzgeber die Vorlegung der Anerkennungsurkunde seitens des neuen Gläubigers nicht für ausreichend, um eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung zu begründen. § 410 gewährt dem Schuldner vielmehr das Recht, daß er nur gegen Aushändigung der Anerkennungsurkunde zu zahlen braucht. Hat er eine schriftliche Anzeige vom bisherigen Gläubiger direkt bekommen, so findet, wie bereits oben erwähnt, das eben Gesagte keine Anwendung, denn der Schuldner hat dadurch eine ebenso beweiskräftige Urkunde in Händen. Fraglich erscheint es nun, ob der Schuldner so lange mit seiner Leistung zurückhalten darf, bis ihm die Anerkennungsurkunde ausgehändigt wird, ohne dadurch in Verzug zu kommen, denn es ist denkbar, daß die Ausstellung der Urkunde, die der neue Gläubiger nach § 403 verlangt hat, aus irgendwelchen Hinderungsgründen in der Person des bisherigen Gläubigers sich verzögert hat. Die Kommission ließ diese Frage dahingestellt, es entstanden Zweifel,

---

[1]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 192/93, Anm. 3 zu § 409.

[2]) Vgl. Kaufmann, Komment. z. BGB., S. 292, Bd. II 2 b.

ob der neue Gläubiger das Recht habe, an Stelle der Aushändigung der Anerkennungsurkunde Sicherheit nach § 273, Abs. III zu leisten. Die Entscheidung ist dahin zu treffen, daß eine solche Erlaubnis, gegen Sicherheitsleistung die Schuld zu erfüllen, nicht zu geben ist. Es ist in diesem Fall dem Schuldner eine verzögerliche Einrede des Inhalts zu gewähren, daß er die Leistung bis zur Aushändigung der Urkunde verweigere. Es ist dabei folgendes zu erwägen: Ein Zurückbehaltungsrecht kann nur dann stattfinden, wenn der Schuldner einen fälligen Gegenanspruch gegen den Gläubiger hat (§ 273, I). Ein solcher Anspruch besteht hier nicht, denn der Schuldner hat keinen Anspruch darauf, daß der neue Gläubiger sich eine Anerkennungsurkunde darüber beschaffe, daß ein Übergang stattgefunden habe, der bisherige Gläubiger den Schuldner also nicht mehr in Anspruch nehmen werde[1]). Schollmeyer[2]) vertritt diese Auffassung nur für den Regelfall, daß der Schuldner kein Recht auf Abnahme der Leistung habe. Wo ein solches jedoch bestehe (§ 433, Abs. 2, und § 640), müsse dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zustehen, welches durch Sicherheitsleistung des neuen Gläubigers aufzuheben sei, damit dem Schuldner sein Abnahmerecht nicht verkümmert werde. Hierzu ist zu bemerken: In der Regel wird eine verzögerliche Einrede wie oben auch hier zum Ziele führen, will sich jedoch der neue Gläubiger eine Urkunde nicht ausstellen lassen, wozu er nicht gezwungen werden kann, so bleibt dem Schuldner noch die Möglichkeit, eine Anzeige des bisherigen Gläubigers über den erfolgten Übergang selbst einzuholen. Jedenfalls erscheint die Möglichkeit der Schulderfüllung gegen Sicherheitsleistung auch hier m. E. aus den oben angeführten Gründen nicht angängig.

Ganz schutzlos ist jedoch der neue Gläubiger nicht. Er muß sich darauf verlassen können, daß der Schuldner infolge der an ihn vielleicht auf seine, des neuen Gläubigers Ver-

[1]) Vertreter dieser Ansicht sind: Planck, a. a. O. S. 195/96, Anm. 3; Oertmann, S. 283, Anm. 2, Abs. 2 zu § 410; Meisner, Komment. z. BGB., S. 97, Anm. 2 zu § 410.

[2]) Schollmeyer, a. a. O. S. 388, 389, Anm. 2.

anlassung, gemachten Anzeige nur noch an ihn zahlt. Damit in dieser Hinsicht seine Lage nicht verschlechtert wird, ist bestimmt, daß eine Zurücknahme der Anerkennung seitens des bisherigen Gläubigers nur mit seiner Zustimmung erfolgen könne[1]). Die Zustimmungserklärung zur Zurücknahme stellt sich dar als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche dem Schuldner gegenüber zu erfolgen hat. Es soll durch diese Bestimmung nun aber nicht etwa eine Befugnis des bisherigen Gläubigers geschaffen werden, vom neuen Gläubiger die Zustimmungserklärung zur Zurücknahme der Anzeige klageweise erzwingen zu können[2]), z. B. wegen Mängel im Subrogationsakt. Solche wirken zunächst nur zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger, ohne die Befugnis des Schuldners, an den in der Anzeige Benannten zu leisten, in Mitleidenschaft zu ziehen. Die Zustimmung wird nur da gefordert werden können, wo die Annahme der Zahlung vom Schuldner sich als ungerechtfertigte Bereicherung darstellen würde (§ 812), z. B. wenn ein Übergang gar nicht stattgefunden hat, weil die Befriedigung nicht erfolgte, die Anerkennungserklärung jedoch schon vorher an den Schuldner gelangte[3]). Hatte der bisherige Gläubiger nur dem neuen Gläubiger eine Urkunde ausgestellt, so bedarf es der Zustimmung zur Zurücknahme nicht, sofern die Urkunde noch nicht vorgelegt war, denn die Anzeige an den Schuldner ist erst in diesem Augenblick erfolgt. Wird die Zustimmung erteilt, so beziehen sich die Wirkungen derselben auf die Zukunft, Rechtshandlungen, die der Schuldner vorher mit dem Benannten vorgenommen hat, behalten Kraft[4]).

An letzter Stelle haben wir noch zwei Schutzvorrichtungen des Schuldners zu erwähnen, die aus dem Gesichtspunkt

---

[1]) § 409, II, geschaffen durch Beschluß der II. Kommission, vgl. Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 447.

[2]) Dieser Ansicht ist m. E. mit Unrecht Dernburg, S. 323 § 141 II Ziff. 6 (BGB).

[3]) Vgl. Protokolle Bd. I, S. 399.

[4]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 386, Anm. 4; Crome, a. a. O. S. 334. — Planck, a. a. O. S. 193, Anm. 4. — Oertmann, S. 281 ff.

heraus gegeben sind, daß die Rechtsstellung des Schuldners auch nach erlangter Kenntnis vom Übergang der Forderung nicht verschlechtert werden soll.

1. Einwendungen[1]), welche für den Schuldner gegen seinen bisherigen Gläubiger begründet waren, stehen ihm auch gegen seinen neuen Gläubiger zu[2]). Hieraus ergibt sich im einzelnen:

a) Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger, bei mehrfachem Übergang jedem neuen Gläubiger, die Einwendungen entgegensetzen, welche zur Zeit der Subrogation gegen den Befriedigten bzw. seinen Nachfolger begründet waren, d. h. nicht nur diejenigen Einwendungen dürfen entgegengesetzt werden, welche dem Schuldner zur Zeit des Überganges bereits zustanden, sondern auch solche, für die zur fraglichen Zeit bereits die Grundlage gelegt war, die jedoch erst nach dem Übergangsakt greifbar vom Schuldner geltend gemacht werden konnten, z. B. wenn der Eintritt einer zur Zeit der Subrogation bereits bestehenden Resolutivbedingung erst nach dem Übergang erfolgte[3]), oder dem bisherigen Gläubiger die Gegenleistung nach der Subrogation unmöglich wurde (BGB. § 323 bis § 326).

b) Der Schuldner darf auch solche Einwendungen geltend machen, die er aus seinem Verhältnis zur Person des neuen Gläubigers neu gewonnen hat, z. B. daß dieser ihm die Forderung erlassen habe[4]); dagegen sind

---

[1]) Einwendungen, d. h. Einreden im weitesten Sinn, also sowohl rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen als auch Einreden im engeren Sinne (peremtorische und dilatorische).

[2]) § 404 BGB. Im Entw. I gestrichen, weil diese Bestimmung aus allgemeinen Grundsätzen folge und eine präzisierte Fassung leicht zu Mißverständnissen führen könnte, indem eine zu enge Interpretation möglich wäre.

[3]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 371—372, Anm. 1. — Eck, Vorträge, S. 395. — Crome, a. a. O. S. 338, Anm. 28.

[4]) Umgekehrt wird der neue Gläubiger Vorrechte, die ihm persönlich zustehen, z. B. Konkursprivilegien dem Schuldner gegenüber nicht geltend machen können, denn dessen Lage darf nicht verschlechtert werden. Vgl. Matthiaß, Lehrbuch, S. 456, Ziff. 6.

c) Einwendungen, die auf einem zwischen Schuldner und bisherigen Gläubiger bestehenden persönlichen Verhältnis beruhen, dem neuen Gläubiger gegenüber wirkungslos[1]). Solche können vertragsmäßig, aber nicht gesetzlich begründet werden[2]), z. B. ein Stundungsversprechen, das der bisherige Gläubiger für seine Gläubigerzeit dem Schuldner gewährte.

Eine Sicherheit gegen die Einwendungen nach § 404 würde für den neuen Gläubiger durch Herbeiführung eines Schuldanerkenntnisses an ihn nach § 781 erreicht werden[3]).

2. Der Schuldner darf eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Gegenforderung auch gegenüber seinem neuen Gläubiger aufrechnen. Es wird hierdurch eine Ausnahme von der Regel statuiert, daß die Aufrechnung nur demjenigen entgegengesetzt werden kann, gegen den die Gegenforderung erworben ist[4]). Voraussetzung für diesen Satz in seiner allgemeinen Formulierung ist, daß der Schuldner die Gegenforderung zur Zeit des Überganges im fälligen oder wenigstens bis zur Auseinandersetzung mit seinem Gläubiger fälligen Zustande besaß. Der Gesetzgeber dehnt aber diese Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners noch weiter aus. Erlangt der Schuldner eine Gegenforderung gegen seinen bisherigen Gläubiger nach dem Übergang, aber in Unkenntnis desselben, so soll ihm die Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger gestattet sein, und zwar in folgender Erwägung: der Schuldner hat die Forderung erworben in der berechtigten Aussicht, sie mit Erfolg seinem bisherigen Gläubiger gegenüber verwerten zu können. Diese Möglichkeit hatte er, sofern die Gegenforderung wenigstens zur selben Zeit wie die Hauptforderung fällig wurde. Diese Befugnis muß ihm auch gegenüber dem neuen Gläubiger gewährt werden, wobei natürlich ebenfalls vorausgesetzt wird, daß die Gegenforderung nicht später als die übergegangene Forde-

[1]) Entw. I § 302 bestimmte dies ausdrücklich.

[2]) Oertmann, Recht d. Schuldverh., S. 275, Anm. 3.

[3]) Vgl. Oertmann, a. a. O. Anm. 4. — S. Motive S. 130. — Schollmeyer, a. a. O. S. 373, Anm. 4. — Motive, Bd. II, S. 130.

[4]) § 406. Vgl. auch BGB. § 387.

rung fällig wird, denn eine Verzögerung der Zahlung, nur um später aufrechnen zu können, würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Der Erwerb der Gegenforderung nach erlangter Kenntnis schließt die Aufrechnung demnach immer aus. Das Gesagte gilt auch bei mehrmaligem Forderungsübergang gegenüber späteren Gläubigern aus Gegenforderungen gegen die vorhergehenden[1]). Die Beweislast, daß ihm eine aufrechenbare Forderung gegen den bisherigen Gläubiger zustand, hat der Schuldner zu tragen, hingegen hat der neue Gläubiger zu beweisen, daß der Schuldner den Übergang kannte bzw. daß die Gegenforderung später fällig wurde als die Hauptforderung[2]). Der durch die Aufrechnung benachteiligte neue Gläubiger hat einen Regreßanspruch gegen den bisherigen Gläubiger. War die Gegenforderung schon gegenüber dem bisherigen Gläubiger fällig, so bewirkt die Aufrechnung nach § 389, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie sich aufrechenbar gegenübertraten, d. h. also vor dem Übergang. Es hat daher in Wirklichkeit der bisherige Gläubiger dem Nachfolger keine Forderung verschafft. Wurde die Gegenforderung erst nach dem Übergang fällig oder nachher in Unkenntnis desselben erworben, so erlöschen die Forderungen nach der Subrogation. In jedem Fall ist der bisherige Gläubiger durch die Befriedigung infolge der gegen ihn bestehenden Gegenforderung ungerechtfertigt bereichert und haftet nach § 816, Abs. 3[3]).

---

[1]) Motive, Bd. II, S. 131 — Dernburg, BGB. a. a. O. S. 321, Ziff. 5. Vgl. auch das Beispiel bei Ruer, Dissert. S. 58—59.

[2]) Abweichend vom Entw. I, § 303.

[3]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 378—79. — Planck, a. a O. S. 188, 189. — Crome, a. a. O. S. 340, 341.

2. Abschnitt.

Besonderer Teil.

Die Anordnung der Subrogationsfälle im BGB.

I. Das Eintrittsrecht im Fall der Berichtigung einer eigenen Verbindlichkeit.

§ 9.

Das Gesamtschuldverhältnis.[1])

Durch das Gesamtschuldverhältnis wird eine rechtliche Gemeinschaft sämtlicher Schuldner begründet, welche im Verhältnis zueinander nach § 426, S. 1, wenn nichts anderes ausgemacht ist[2]), zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Der Gläubiger hat nun aber nach § 421 die Befugnis, nach Belieben die Leistung von einem Gesamtschuldner ganz oder von mehreren anteilmäßig zu fordern. Es entsteht dadurch die Möglichkeit, daß ein Gesamtschuldner mehr leisten muß, als seinem Anteil entspricht, und es ist ihm deshalb billigerweise ein Ausgleichungsanspruch gegeben. Soweit ein solcher in Betracht kommt, findet auch die Subrogation statt.

1. Der Ausgleichungsanspruch.

Wird die Forderung des Gläubigers fällig, so hat jeder Schuldner dahin zu wirken, daß die von ihm geschuldete Teilleistung in ganzer Höhe und zur bestimmten Zeit an Ort und Stelle ist, damit sich die Schuldsumme dem Gläubiger als

---

[1]) § 426: vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 430—433; Dernburg, zit. S. 377—380. — Planck, S. 216—219, zit. — Oertmann, S. 309 ff. — Crome, S. 383—386, zit. — Staudinger, a. a. O. S. 162—164. — Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 464—465.

[2]) Eine abweichende Regelung kann sich aus dem Vertragsschluß, aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (der eine tritt nur ein, um dem andern Kredit zu verschaffen) und aus Billigkeitsgründen ergeben. Vgl. die §§ 840, II, III; 841 und § 1833, II.

Gesamtleistung darbietet, denn Teilleistungen anzunehmen, ist er nicht verpflichtet. Daher ist jedem Schuldner eine Klage auf geeignete Mitwirkung gegen den anderen gegeben[1]).

Am naheliegendsten ist nun die Möglichkeit, daß ein Gesamtschuldner die ganze Schuldsumme leistet. In diesem Fall kann er Ausgleichung von den übrigen nach Verhältnis der auf sie fallenden Beträge verlangen. Folgendes Beispiel möge zur Veranschaulichung dienen. A., B. und C. sind Gesamtschuldner in Höhe von 900 Mk., welche A. an D. bezahlt. Dann kann A. von B. und C. je 300 Mk. fordern. Ein Ausgleichungsanspruch ist auch dann anzuerkennen, wenn A. nur eine Teilleistung gemacht hat, mag sie nun gleich, höher oder geringer als der auf ihn entfallende Betrag sein.

a) Wir nehmen an, daß die Gesamtleistung in Raten fällig wird, und A. bezahlt seine Rate in Höhe von 300 Mk., dann kann er von B. und C. je 100 Mk. verlangen. Dabei würde es nicht in Betracht zu ziehen sein, wenn der B. z. B. von dem auf ihn entfallenden Betrag infolge Erlaß seitens des Gläubigers oder Verjährung gemäß § 245 befreit ist; er bleibt gleichwohl zur Ausgleichung verpflichtet.

b) A. bezahlt z. B. 600 Mk. Dieser Betrag ist gleichmäßig zur Ausgleichung zu bringen. Also A. hat sich nicht etwa die von ihm geschuldeten 300 Mk. anzurechnen, und den B. und C. zu je 150 Mk. heranzuziehen, sondern es entfallen auf sein Teil 200 Mk., ebenso wie B. und C. je 200 Mk. zu leisten haben.

c) A. bezahlt nur 150 Mk. Für diesen Fall verneint Oertmann[2]) die Berechtigung des A., Ausgleichung zu verlangen. Es liegt jedoch hierzu kein Grund vor, vielmehr ist der herrschenden Meinung Recht zu geben, die den Regreßanspruch auch hier bejaht. A. kann also dementsprechend von B. und C. je 50 Mk. verlangen. Diese Anteile ändern sich natürlich entsprechend, wenn z. B. A. zu ¼, B. zu ¼

[1]) Vgl. Motive, Bd. II, S. 170.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 309, Anm. 1, Abs. 3—4 zu § 426.

und C. zu ½ verpflichtet sind. Im Falle a) kann dann A. 225 Mk., im Falle b) 450 Mk., im Falle c) 112,50 Mk. zur Ausgleichung bringen.

Die Ausgleichungspflicht besteht auch dann, wenn der regreßberechtigte Gesamtschuldner aufrechnet, hinterlegt oder etwas an Erfüllungsstatt hingibt. Im letzteren Fall ist der objektive Wert des Hingegebenen in Anschlag zu bringen. War die geleistete Sache objektiv weniger wert, als die Schuld und erklärt sich der Gläubiger für abgefunden, etwa weil er ein Affektionsinteresse an der Sache hat, so kommt der weniger gezahlte Betrag den übrigen nach Verhältnis ihrer Anteile zugute, auf der anderen Seite, leistet der Gesamtschuldner, der eine objektiv wertvollere Sache als die geschuldete Leistung hingibt, auf seine eigenen Kosten; es sind die übrigen Gesamtschuldner keinesfalls höher heranzuziehen, als mit dem von ihnen geschuldeten Anteil[1]). Mit Unrecht nimmt daher m. E. Michelsen[2]) an, daß für die Hingabe einer wertvolleren Sache von den übrigen Gesamtschuldnern entsprechend höher Regreß zu leisten sei, mit der Begründung, daß „wer den guten Tropfen genießt, auch den bösen genießen müsse". Zu welchen Konsequenzen würde das führen, wenn der möglicherweise zur geringsten Quote beteiligte Gesamtschuldner eine solche datio in solutum bewirkt und sich dann an seinen Mitschuldnern fast völlig schadlos halten könnte. Dadurch würde die Stellung der regreßpflichtigen Schuldner wesentlich verschlechtert werden. Allerdings müssen die übrigen Schuldner sich gefallen lassen, daß der von ihnen zu leistende Betrag entsprechend erhöht wird, wenn der Anteil eines Gesamtschuldners nicht beigetrieben werden kann[3]). Jedenfalls kann in solchem Fall die Summe nie über den im ganzen geschuldeten Betrag steigen, worauf der eine Gesamtschuldverbindlichkeit eingehende Schuldner immer vorbereitet sein muß. Er hat außerdem die Möglichkeit, dem

[1]) So die herrschende Meinung.

[2]) Michelsen, Dissert. S. 56.

[3]) Aus welcher Ursache ist gleichgültig, z. B. Insolvenz, Unbekanntheit des Aufenthaltsortes.

Zahlenden den Einwand entgegenzusetzen, daß er die Unmöglichkeit der Beitreibung verschuldet habe, das erfordert Treu und Glauben. Nehmen wir also in unserem Beispiel, wo A. auf ¼, B. auf ¼, C. auf ½ haftet, an, daß B. insolvent geworden ist, so hat A., welcher leistet, ein Drittel des ausfallenden Betrages auf das Gezahlte sich anzurechnen und kann von C. zwei Drittel des ausfallenden Teiles fordern.

2. Die Subrogation.

Soweit eine Ausgleichungspflicht besteht, hat der befriedigende Gesamtschuldner das Eintrittsrecht in die Rechte des Gläubigers. In welcher Weise verändert sich dadurch die Rechtsstellung des regreßberechtigten Gesamtschuldners? Durch die Subrogation tritt der Befriedigende den anderen Gesamtschuldnern als neuer Gläubiger entgegen. Man sollte daher meinen, daß er gerade so wie der alte Gläubiger berechtigt sei, von jedem das Ganze zu fordern, natürlich unter Abzug seiner Quote. Dadurch würde sich ja die Rechtslage der übrigen Schuldner nicht verschlechtern, die ja ihrerseits wieder gegen den nächsten Schuldner das Eintrittsrecht als Gläubiger in solidum geltend machen könnten. Das wäre aber ein umständlicher und beschwerlicher Weg, den der Gesetzgeber nicht gewollt hat, da quantitativ der Übergang nichts anderes sein soll, als die Ausgleichung. Das Eintrittsrecht gewährt vielmehr nur die Haftung der übrigen pro parte, im wesentlichen also nichts anderes als das Regreßrecht[1]). Das Abweichende liegt nur im folgenden:

a) Durch die Subrogation gehen, soweit die Befriedigung erfolgt, auch die Vorzüge der Forderung über (vgl. § 402).

b) Es ist denkbar, daß der Regreßberechtigte mit seinem Ausgleichungsanspruch nicht durchdringen würde, weil derselbe verjährt ist; mit Hilfe seines Eintrittsrechts könnte er jedoch zum Ziele gelangen. Wenn also A. und B. mit D. einen Stundungsvertrag abgeschlossen haben, so läuft die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers D. gegen den Mit-

[1]) Vgl. Becker, Dissert. S. 57. — Michelsen, a. a. O. — Hruza, zitiert bei Oertmann, S. 311, Anm. 4d zu § 426.

schuldner C. seit der Fälligkeit der Forderung ungehindert (§ 425, Abs. 2). C. zahlt nach vollendeter Verjährung an D. die Gesamtschuld. Dann kann er von A. und B. nicht Ausgleichung verlangen, denn sein Anspruch gegen sie ist gleichfalls verjährt, anders steht es, wenn er in die Rechte des D. eintritt, dessen Anspruch gegen A. und B. noch nicht verjährt ist; es ist billig, daß C. auf diese Weise seine Rechte geltend machen kann. Denn C. hat einmal immerhin eine Schuld gezahlt, die zwar für seinen Teil verjährt ist, nicht aber bezüglich der Anteile des A. und B. Sie hätten jedenfalls an D. noch leisten müssen, sind also durch das Recht des C. nicht schlechter gestellt, ihre Lage ist so immer noch besser, als wenn einer von ihnen die Gesamtschuld berichtigt hätte, in welchem Fall C. ihnen den Einwand der Verjährung wirksam entgegensetzen konnte, sie also dessen Anteil entsprechend noch hätten tragen müssen. In bezug auf die Verjährung tritt also das Eintrittsrecht an die Stelle des Regreßrechtes, im allgemeinen verstärkt es nur dasselbe[1]). Wenn der zahlende Gesamschuldner durch den Gesamtregreß befriedigt wird, erlischt das Eintrittsrecht.

Praktisch kann dieser Fall der Subrogation im Hypotheken- und Pfandrecht werden. Nehmen wir an, daß der befriedigende Eigentümer resp. Verpfänder persönlicher Schuldner ist, so erwirbt er in der Regel in diesem Fall keine Forderung, also nach § 1153 auch nicht die Hypothek. Es steht ihm vielmehr nur das dingliche Recht als Eigentümerhypothek (§ 1163, I) zu, die sich nach § 1177 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt. Das Pfandrecht des bisherigen Pfandgläubigers erlischt nach § 1256. Eine Ausnahme von diesen Vorschriften findet statt, wenn der befriedigende Eigentümer bzw. Verpfänder Gesamtschuldner oder Mitbürge ist[2]). Die sich in solchem Fall ergebende Ausgleichungspflicht läßt die Hypothek bzw. das Pfandrecht auf den Befriedigenden übergehen. Es erhält sich hier, insoweit eine Ausgleichung

---

[1]) Vergl. hierüber Michelsen, Dissert. S. 53—54.

[2]) Vgl. den Anwendungsfall für die Gesamthypothek unten S. 63.

verlangt werden kann, trotz des persönlichen Schuldverhältnisses, ein Forderungsanspruch. In Höhe desselben erwirbt der Eigentümer die Eigentümerhypothek als Hypothek, im übrigen als Grundschuld[1]). Der Verpfänder erwirbt das Pfandrecht nach § 1256, II.

II. Das Eintrittsrecht im Fall der Berichtigung einer fremden Verbindlichkeit, für die der Befriedigende haftet.

Wir wenden uns nunmehr zur Betrachtung derjenigen Fälle, in denen der Befriedigende nicht seine eigene Schuld bezahlt (primäre Haftung), wie beim Gesamtschuldverhältnis, sondern eine fremde Verbindlichkeit berichtigt, für die er haftet (subsidiäre Haftung). Dadurch allerdings, daß jemand die Haftung für eine fremde Verbindlichkeit übernimmt, macht er die Schuld zu der seinen, wie Planck[2]) ganz richtig ausführt, er erfüllt seine eigene Verpflichtung, allerdings nicht um den Schuldner zu befreien. Es ist jedoch ersichtlich, daß die eigene Erfüllungsverpflichtung nur der materiell fremden Schuld wegen geschieht, und nur durch die Berichtigung der objektiv fremden Verbindlichkeit befreit sich der Haftende[3]).

Der I. Entwurf des BGB. § 223 gestattete ein Eintrittsrecht, wenn der Ersatzpflichtige Schadenersatz geleistet hatte, bezüglich der Ansprüche, die dem Geschädigten auf Grund des Eigentums oder eines sonstigen Rechts gegen Dritte zustanden. Diese Bestimmung, welche dem Interesse der Versicherungsgesellschaften vornehmlich dienen sollte, wurde jedoch im Entwurf II, § 218 wieder gestrichen und die Verpflichtung zur Zession an die Stelle gesetzt[4]). Im BGB. haben sich folgende Materien der Subrogation im Falle subsidiärer Haftung erhalten:

---

[1]) Vgl. Biermann, Sachenrecht, S. 343, Anm. 2. — Planck, zit. Bd. III, S. 510, Anm. zu § 1143.

[2]) Planck, zit. Bd. II, S. 517, Anm. 1 zu § 774.

[3]) Vgl. Michelsen, Dissert. S. 58, 59.

[4]) Vgl. Becker, Dissert. S. 43.

A. Die Bürgschaft.[1])

§ 10.

Die Bestimmung des Gesetzgebers, daß bei der Bürgschaft ein gesetzlicher Forderungsübergang statthaben soll, bezweckt vor allem die Sicherung des zwischen Hauptschuldner und Bürgen

1. in der Regel an sich bestehenden Rückgriffsrechtes. Dieses richtet sich nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis, dem Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag zugrunde liegen kann. Mit der Regreßklage wird sich der Bürge für die Auslagen (Zinsen und Kosten) schadlos halten können oder bei nicht nützlicher Geschäftsführung die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen dürfen.

2. Der Gesetzgeber gewährt dem Befriedigenden nun, gleichgültig, welcher Art die Befriedigung ist (Aufrechnung, datio in solutum, Erfüllung), das Eintrittsrecht[2]). Selbst in dem schenkweisen Erlaß der Summe an den Bürgen ist eine Befriedigung zu erblicken, wodurch sich der Forderungsübergang vollzieht. Denn die Freigebigkeit soll hier nicht dem Schuldner, sondern dem Bürgen zugute kommen[3]). Daraus ergibt sich, daß der Bürge die Vorrechte und Sicherheiten erwirbt, die mit dem Übergang nach § 401 und § 402 verbunden sind[4]). Sind solche erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden, so hat der Bürge gleichwohl ein Recht auf sie, und er kann die Befriedigung ablehnen, wenn die bereits vorhandenen bzw. die später hinzukommenden Sicherheiten vom Gläubiger aufgegeben werden, denn der Bürge hat unter Umständen nur in Rücksicht darauf die Bürgschaft

---

[1]) BGB. § 774. — Vgl. die Motive Bd. II, S. 673 ff.

[2]) An Stelle des römischen beneficium cedendarum actionum, welches einredeweise geltend gemacht wurde (exceptio doli). Auf die Abtretung hatte der Bürge ein Recht. Das moderne Recht beseitigte diese überflüssige Formalität. Vgl. L. 36 D de fidejuss. 46, 1 und L. 76 D de solut. 46, 3.

[3]) Vgl. Oertmann, S. 849, Anm. 2 zu § 774.

[4]) Dem entsprechend erwirbt der befriedigende Afterbürge die Forderung gegen den Bürgen und Schuldner.

übernommen (BGB. § 776). Andererseits kann der Hauptschuldner dem Bürgen die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustanden (§ 404). Hat es der Bürge unterlassen, bei der Befriedigung eine der Forderung entgegenstehende Einrede geltend zu machen, obwohl sie ihm bekannt war, so wird er insoweit auch seinen Regreßanspruch gegen den Schuldner, der ihm diese Einwendung mit Erfolg entgegensetzen kann, verlieren, und auch aus dem zurunde liegenden Rechtsverhältnis wird er nichts erlangen, da die Befriedigung offenbar dem Interesse des Schuldners bzw. dem Auftragsverhältnis zuwiderlief[1]), es bleibt ihm dann nur der Ersatzanspruch gegen den bisherigen Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 f.). Der Bürge wird daher stets, insbesondere, wenn er etwaige Einwendungen des Schuldners nicht kennt, gut tun, vor der Befriedigung dem Schuldner Mitteilung zu machen[2]) bzw. wenn er verklagt wird, ihm den Streit verkünden, denn unterläßt er dies, so setzt er den Schuldner der Gefahr nochmaliger Zahlung aus, und er würde ihm dadurch ersatzpflichtig werden bzw. sein Eintrittsrecht einbüßen und nur die condictio indebiti des Schuldners bekommen[3]). Hat umgekehrt der Bürge noch einmal gezahlt, ohne von der Befriedigung durch den Schuldner etwas zu wissen, so hat er auch kein Eintrittsrecht, denn es konnte keine Forderung mehr übergehen. Es kommt dann alles auf das zwischen Schuldner und Bürgen bestehende Kausalverhältnis an. Auch persönliche Einwendungen wird der Schuldner dem Bürgen entgegensetzen können (s. oben S. 48), z. B. daß dieser durch die Befriedigung gegen das Verbot des Schuldners gehandelt bzw. nur eine ihm, dem Schuldner gegenüber übernommene Pflicht erfüllt habe[4]). Es ergibt sich, daß auch durch diese Einwendungen das Eintrittsrecht des Bürgen unter Umständen wirkungslos sein

[1]) v. Staudinger, a. a. O. S. 626, Anm. 7 zu § 774 und Planck, zit. S. 518, Anm. 20 zu § 774.

[2]) Siehe Motive Bd. II, S. 675.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 850, Anm. 5.

[4]) Oertmann, zit. S. 850, Anm. 4 zu § 774.

kann. Will daher der Bürge sicher gehen, so wird er in allen Fällen von der beabsichtigten Befriedigung dem Schuldner Mitteilung machen müssen.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger nur zum Teil, so geht auch nur insoweit die Forderung auf ihn über, der bisherige Gläubiger behält seine Restforderung, welche der vom Bürgen erworbenen im Range vorgeht[1]). Das zeigt sich z. B. beim Konkurs des Hauptschuldners. War zur Zeit der teilweisen Befriedigung durch den Bürgen das Konkursverfahren eröffnet, so kann der bisherige Gläubiger die ganze Forderung anmelden, und er erhält die ganze Dividende[2]). War das Konkursverfahren noch nicht eröffnet, so wird m. E. der Bürge seinen Teilbetrag anmelden können, soweit dies nicht zum Nachteil des Gläubigers geschieht, also wenn Aussicht vorhanden ist, daß die Dividende größer wird, als der Gläubiger nach Einrechnung des an ihn gezahlten Betrages verlangen kann[3]).

B. Das Hypothekenrecht und das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 11.

1. Befriedigung durch den ersatzberechtigten Eigentümer.

Auf demselben Grundgedanken wie die Subrogation bei der Bürgschaft beruhen die Bestimmungen, nach denen dem Eigentümer eines Grundstücks (§ 1143) und dem Drittverpfänder einer beweglichen Sache (§ 1225), welche nicht zugleich persönliche Schuldner sind, ein Eintrittsrecht gewährt wird, insoweit, als sie den Hypothekengläubiger befriedigen. Der Gesetzgeber erkennt auch hier an, daß die Befriedigung nicht deswegen geschieht, damit die Verbindlichkeit des Hauptschuldners getilgt wird, sondern weil der Eigentümer

[1]) Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, nemo subrogat contra se, vgl. S. 24 dieser Arbeit.

[2]) Vgl. Dernburg, BGB. Bd. II, 1, S. 355, Anm. 8. — Crome, a. a. O. S. 885, Anm. 19. — Entsch. d. R. G., Bd. 8, S. 290, 291.

[3]) Dernburg, a. a. O., erklärt diesen Fall für zweifelhaft.

resp. Drittverpfänder sich von der Haftung befreien will[1]). Es wiederholen sich insbesondere die Vorschriften

1. daß Einwendungen aus einem zwischen dem Schuldner und neuen Gläubiger, also hier zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Eigentümer resp. Drittverpfänder bestehenden Rechtsverhältnis geltend gemacht werden können[2]). Die Beweislast darüber, daß ein solches Rechtsverhältnis nicht bestehe, trifft den persönlichen Schuldner[3]);

2. daß der persönliche Schuldner dem Eigentümer resp. Drittverpfänder die Einwendungen entgegensetzen darf, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustanden;

3. daß der Übergang nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers, also des Hypothekengläubigers bzw. Pfandgläubigers, geltend gemacht werden kann. § 1143 und § 1225 bestimmen ausdrücklich, daß die Forderung auf den Eigentümer bzw. Drittverpfänder insoweit übergeht, als sie den Hypothekengläubiger befriedigen. Nehmen wir also an, daß eine teilweise Befriedigung stattgefunden hat, so geht die Restforderung der von dem Eigentümer resp. Drittverpfänder erworbenen vor;

4. daß Nebenansprüche, welche mit der Forderung verbunden sind, auf den Eigentümer übergehen.

In den Bestimmungen der §§ 1143 und 1225 läßt es der Gesetzgeber bei dem persönlichen Regreßrecht des zahlenden Eigentümers nicht bewenden, sondern es findet kraft Gesetzes der Übergang der Forderung statt, und damit erwirbt der Eigentümer zugleich die Hypothek (§ 1153). Entsprechend erlangt der Verpfänder das Pfandrecht. Für das Hypothekenrecht ist speziell folgendes hervorzuheben: Es wird vorausgesetzt, daß der Befriedigende zur Zeit der Zahlung bereits

[1]) Vgl. Motive Bd. III, S. 727, Ia. — Planck, a. a. O., Bd, III, S. 510, 511, Anm. 1 zu § 1143. — Meisner, Kommentar, Bd. III, S. 236.

[2]) z. B. Einwand des persönlichen Schuldners, daß der befriedigende Eigentümer die Schuld übernommen habe. Vgl. Dernburg, BGB., Bd. III, S. 620 Ziff. 1.

[3]) Biermann, Sachenrecht, S. 343, Anm. 1 zu § 1143. — Planck, zit. Bd. III, S. 512, Anm. 3a.

Eigentümer des Grundstückes war. Hatte er also z. B. das Grundstück bereits gekauft, die Auflassung war jedoch noch nicht erfolgt, so konnte er die Hypothek nach § 1143 nicht erwerben, sondern dieselbe geht als Grundschuld auf den jetzigen Eigentümer über[1]). Auch das nachträglich erworbene Eigentum heilt diese Wirkung nicht. Ist der Befriedigende Eigentümer, so hat die Subrogation folgende Wirkung:

1. Durch den Forderungsübergang erwirbt der Eigentümer eine persönliche Klage gegen den Schuldner.

2. Der Eigentümer erwirbt, wie bereits erwähnt, auch die Hypothek. Dadurch erlöschen die Rückstände von Zinsen, anderen Nebenleistungen und Kosten nach § 1178, Abs. 1. Der Eigentümer ist durch den Erwerb der Hypothek nun imstande, die Forderung mit der Hypothek unverändert weiter zu übertragen[2]). Solange jedoch die Vereinigung von Forderung und Hypothek in der Person des Eigentümers besteht, bestimmen sich seine Rechte nach den für die Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften (§ 1177, Abs. 2). Er darf also nach § 1197, I nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung in das Grundstück betreiben[3]). Diese Vorschrift ist unerläßlich zum Schutze nachstehender Hypothekengläubiger, deren Rechte bei der Zwangsversteigerung dadurch zum Erlöschen gebracht werden könnten[4]). Betreibt jedoch ein anderer die Zwangsvollstreckung, so wird der Eigentümer wie jeder Hypothekengläubiger behandelt, seine Hypothek wird bei dem geringsten Gebot berücksichtigt. Ein Anspruch auf Zinsen ist dem Eigentümer nur gegeben, wenn eine Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsverwaltung eingetreten ist für die Dauer derselben. Denn in dieser Zeit fehlen ihm die Erträgnisse des Grundstücks[5]).

---

[1]) BGB. § 1163, Abs. 1, Satz 2. Vgl. Kober in Staudingers Kommentar Bd. III, S. 433, Anm. 1d zu § 1143.

[2]) Vgl. Meisner, Kommentar, Bd. III, S. 236, Ziff. 2 A a.

[3]) Vgl. Planck, zit. Bd. III, S. 512, Anm. 3c zu § 1143. — Meisner, zit. a. a. O.

[4]) Vgl. die Protokolle Bd. III, S. 573.

[5]) Vgl. Motive Bd. III, S. 734. — Biermann, zit. S. 393/94, Anm. 2 zu § 1177. — Matthiaß zit. Bd. II, S. 172 A 2.

Ist ein Grundstück belastet, welches im Miteigentum steht, so erwirbt der befriedigende Miteigentümer, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, die Hypothek ganz als Hypothek[1]). Hier die Vorschriften über die Gesamthypothek zur Anwendung zu bringen, erscheint bedenklich[2]). Denn das Grundstück im ganzen wird hier mit einer Hypothek belastet, wobei das Miteigentumsverhältnis ohne Bedeutung ist. Etwas anderes wäre es, wenn die einzelnen Miteigentumsanteile als solche belastet wären. Hier kommen die Vorschriften über die Gesamthypothek zur Anwendung (§ 1173)[3]).

Wir haben nun noch im folgenden den Fall zu erörtern, daß für die Forderung eine Gesamthypothek bestellt ist, und der Eigentümer eines der verhafteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt (§ 1173). Vorausgesetzt wird, daß die Grundstücke verschiedenen Eigentümern zur Zeit des Überganges gehören. Gehören sie einem Eigentümer, so erwirbt er die Gesamthypothek an allen Grundstücken, und zwar, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, als Eigentümerhypothek, sonst als Grundschuld (§ 1143, § 1177). In bezug auf den § 1173 ist nun zu unterscheiden:

1. Hat der zahlende Eigentümer keinen Ersatzanspruch gegen die anderen Grundstückseigentümer, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück, an den übrigen Grundstücken erlischt sie. Es müßte zu unhaltbaren Konsequenzen führen, wollte der Gesetzgeber die Hypothek auf alle Grundstückseigentümer übertragen oder dem Befriedigenden die ganze Hypothek an allen verhafteten Grundstücken zuge-

---

[1]) Ist er persönlicher Schuldner, so erwirbt er die Hypothek als Grundschuld, ist er zum Teil persönlicher Schuldner, so erwirbt er die Hypothek, soweit seine Forderung reicht, als Hypothek, im übrigen als Grundschuld.

[2]) So Planck, zit. Bd. III, S. 579, Anm. 7 und S. 490, Anm. Ia, Abs. 3.

[3]) So Biermann, Sachenrecht, S. 343, Anm. 3, S. 389, Anm. 5. — Anders Kober bei v. Staudinger, zit. S. 490, Anm. IV zu § 1173, der zwar S 416, Ziff. 3 anerkennt, daß eine Gesamthypothek bei Belastung der einzelnen Anteile entsteht, jedoch die für die Gesamthypothek geltenden Vorschriften überhaupt nicht zur Anwendung bringen will, „da die Gesamtheit der Eigentümer in diesem Fall als ein Eigentümer gelten muß".

stehen[1]). Im ersten Fall würden die anderen Grundstückseigentümer grundlos bereichert sein, denn die Befriedigung erfolgt nicht auf ihre Kosten, durch die letztere Regelung würde dem befriedigenden Eigentümer Gelegenheit gegeben werden, die Hypothek an seinem Grundstück löschen zu lassen und sich an einem der übrigen Grundstücke schadlos zu halten. Das ist um so weniger angängig, als der befriedigende Eigentümer den anderen Eigentümern gegenüber zur Befriedigung verpflichtet sein kann. Des weiteren würde die Zulässigkeit einer solchen Abwälzung schließlich zur Belastung des zuletzt belangten Mitverhafteten mit der ganzen Summe führen[2]). Vereinigt sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers, beispielsweise durch Erbgang, so steht dies der Befriedigung gleich[3]). Der Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück, nicht die Gesamthypothek, und zwar wird, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, das Gläubigerrecht auf ihn übertragen[4]).

2. Es wird nun in vielen Fällen ein obligatorischer Anspruch des befriedigenden Eigentümers gegen den Eigentümer eines der mitverhafteten Grundstücke auf Ersatzleistung bestehen. Davon handelt speziell der Abs. 2 des § 1173. Diese Ersatzverpflichtung kann durch Vertrag oder durch Gesetz (§ 426) begründet sein. In diesem Falle erlischt die Hypothek an dem Grundstück des oder der Ersatzverpflichteten nicht, sondern geht auf den befriedigenden Eigentümer über, soweit er Ersatz verlangen kann, im übrigen erlischt die Hypothek[5]). Es entstehen nun eigentlich zwei selbständige Rechte des befriedigenden Eigentümers: die Eigentümerhypothek und die Hypothek an den anderen Grundstücken. Der Eigentümer könnte also gesondert über beide Rechte verfügen, sich aus den anderen Grundstücken befriedigen und

[1]) Vgl. Denkschrift, S. 146 ff.

[2]) Protokolle, Bd 3, S. 635. — Biermann, Sachenrecht, S. 386, 387, Anm. 1 zu § 1173. — Meisner, zit. S. 257, Ziff. 1v.

[3]) Vgl. Kober, zit. S. 488, Ziff. 2.

[4]) Biermann, a. a. O. — Planck, zit. Bd. III, S. 576, Anm 2b β γ.

[5]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 577.

trotzdem zur Verfügung über seine Eigentümerhypothek berechtigt bleiben. Das bedeutete aber fraglos eine Härte für die hinter der Eigentümerhypothek eingetragenen Berechtigten[1]). Darum bestimmt der Gesetzgeber, daß die Hypothek des befriedigenden Eigentümers mit der Hypothek an den ersatzpflichtigen Grundstücken Gesamthypothek sein soll. Diese umfaßt die Hypothek des Eigentümers an seinem Grundstück insoweit mit, als er Ersatz verlangen kann. In bezug auf den überschießenden Betrag ist sie Einzelhypothek[2]). Streitig ist nun der Charakter der auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Belastungen. Biermann[3]) vertritt folgende Ansicht: Ist der befriedigende Eigentümer der persönliche Schuldner, so lastet die Hypothek auf seinem Grundstück als Grundschuld, für die Ersatzforderung auf den anderen Grundstücken als Hypothek. Planck[4]) hält diese Auffassung für unvereinbar mit der Natur der Gesamthypothek „als eines einheitlichen Rechtes". Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß die auf dem Grundstück des Eigentümers ruhende Hypothek in Höhe der Ersatzforderung Hypothek ist und so mit den Hypotheken auf den anderen Grundstücken die Gesamthypothek vervollständigt, nur der überschießende Betrag ist Grundschuld. Würde man — so führt Planck weiter aus — die Hypothek auf dem Grundstück des Eigentümers ganz als Grundschuld auffassen, so würde, wenn der Ersatzverpflichtete die Ersatzforderung berichtigt, wohl auf allen übrigen Grundstücken der Ersatzanspruch untergehen, auf dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers würde die Hypothek als Grundschuld ganz bestehen bleiben. Denn sie wird durch den Untergang der Forderung nicht in Mitleidenschaft gezogen, und so wäre über den Rahmen der Gesamthypothek hinausgegangen. Ist der befriedigende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so erwirbt er die Hypothek auf seinem Grundstück als Hypothek, ebenso lastet die Ersatzforderung auf den anderen

[1]) Biermann, zit. S. 388, Ziff. 2b und Denkschrift S. 147.

[2]) Planck, a. a. O. Bd. III, S. 577, Anm. 4b β.

[3]) Biermann, a a. O., ebenso Meisner a. a. O S. 258, Anm. 1d. —

[4]) Planck, zit. Bd. III, a. a. O. bis S. 578.

Grundstücken als Hypothek. Hier macht die Konstruktion der Gesamthypothek keine Schwierigkeiten. Eine Meinungsverschiedenheit besteht jedoch darüber, welche Forderung die Gesamthypothek sichert, die von dem befriedigenden Eigentümer erworbene oder die Ersatzforderung. Planck[1]), in konsequenter Durchführung des Gedankens von der einheitlichen Natur der Gesamthypothek, auch bezüglich der durch sie gesicherten Forderung, scheidet wieder zwischen der Gesamthypothek und der überschießenden Einzelhypothek und kommt zu dem Ergebnis, daß die Ersatzforderung durch die Gesamthypothek sichergestellt wird. Biermann[2]) hebt die im wesentlichen nicht akzessorische Natur von Hypothek und Forderung hervor und trägt kein Bedenken, der dem befriedigenden Eigentümer an seinem Grundstück zustehenden Hypothek die ursprüngliche übergangene Forderung, der Hypothek an den anderen Grundstücken die Ersatzforderung unterzulegen. Bei teilweiser Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers geht seine Resthypothek der vom Befriedigenden erworbenen Eigentümerhypothek und der Gesamthypothek vor (§ 1176).

Die hervorgehobenen Bestimmungen gelten entsprechend auch für Grund- und Rentenschulden. Die Grundschuld an den anderen Grundstücken verwandelt sich in eine Hypothek[3]).

§ 12.

2. Befriedigung durch den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner.

Der Gesetzgeber gewährt auch dem persönlichen Schuldner ein Eintrittsrecht, und zwar erwirbt er, soweit er von dem Eigentümer des Grundstücks Ersatz verlangen kann, an dem Grundstück desselben eine Hypothek (§ 1164). Es wird hier also eine Ausnahme von der sonst durch die Befriedigung

[1]) Planck, a. a. O. Bd. III, S. 578.

[2]) Biermann, a. a O.; vgl. auch Staudinger, S. 489, Anm. IIb; Meisner, a. a. O. S. 258, Ziff. 1d. Protokolle Bd. 3, S. 633

[3]) Biermann, zit. S. 388, Anm. 2d. — Planck, zit. Bd. III, S. 637, Anm. 4d zu § 1192.

des Gläubigers entstehenden Eigentümergrundschuld (§ 1163) konstatiert. Praktisch wird das Eintrittsrecht des persönlichen Schuldners z. B. werden, wenn die Übernahme der Schuld durch den Eigentümer vereinbart worden ist, der Hypothekengläubiger jedoch dem widersprochen hat[1]). Schwierigkeiten macht hier die juristische Konstruktion des Eintrittsrechts. Wie wir oben ausgeführt haben, erwirbt der Befriedigende durch den Eintritt nicht eine neue Forderung, sondern er tritt in die bestehen bleibenden Rechte des Befriedigten ein, die er nunmehr in demselben Umfange geltend machen kann. Befriedigt der ersatzberechtigte persönliche Schuldner den Hypothekengläubiger, so tilgt er seine Schuld, und das Gesetz läßt auf Grund der Befriedigung nicht wie im § 1143 die Forderung, sondern nur die Hypothek übergehen. Zweifellos erwirbt nun aber der persönliche Schuldner mit der Hypothek eine Forderung, denn ohne solche ist die Hypothek nicht denkbar, es fragt sich nun, ob es dieselbe ist, d. h. ob die getilgte als fortbestehend anzusehen ist, oder ob der erworbenen Hypothek eine Ersatzforderung unterzulegen ist. Die Protokolle (Bd. III, S. 727 f.) überlassen diese Frage der Wissenschaft. Wir werden hier nun eine Ausnahme von dem von uns vertretenen Standpunkt von der Erhaltung der ursprünglichen Forderung machen müssen, das Gesetz läßt auf den persönlichen Schuldner die Hypothek für und insoweit eine Ersatzforderung besteht, übergehen[2]). Es ist daher wohl richtig, die Ansicht zu vertreten, daß die ursprüngliche Forderung durch eine andere ersetzt wird, welch letztere die Hypothek sichern soll[3]).

Es ist hier allgemein der Fall ins Auge gefaßt, daß der persönliche Schuldner den Hypothekengläubiger ganz befriedigt und dafür ganz Ersatz verlangen kann. Es ist nun auch denkbar, daß der persönliche Schuldner den Gläubiger

---

[1]) Vgl. § 416 BGB. — Denkschrift, S. 141. — Biermann, zit. S 375, Anm. 1. — Planck, a. a. O. III, S. 557, Anm. 1c. — Kober, zit. S 475, I, 2.

[2]) Denkschrift, a. a. O.

[3]) Ebenso insbesondere Planck, Bd. III zit. S. 558, Anm. 3. — Biermann, zit. S. 375, Anm. 2. — Kober, zit. S. 474, Anm. I, 1a β.

zwar befriedigt hat, aber nur zum Teil ersatzberechtigt ist und ferner, daß nur eine teilweise Befriedigung stattgefunden hat. Im ersten Fall erwirbt er die Hypothek nur in Höhe der Ersatzforderung, den Rest erwirbt der Eigentümer als Eigentümergrundschuld, letztere steht der erworbenen Hypothek im Range nach[1]), bei teilweiser Befriedigung geht die Resthypothek des Gläubigers der Hypothek des persönlichen Schuldners vor.

Zur Ergänzung dieser Ausführungen muß noch auf die Frage eingegangen werden, wie sich das Eintrittsrecht des ersatzberechtigten persönlichen Schuldners für den Fall des Bestehens einer Gesamthypothek gestaltet. Wir scheiden die Möglichkeit aus, daß der persönliche Schuldner gegen sämtliche Eigentümer als Gesamtschuldner einen Ersatzanspruch hat, hier erwirbt er die ganze Gesamthypothek (§ 1164). Es sind hier vielmehr folgende zwei Fälle zu erörtern:[2])

1. Der Befriedigende hat einen Ersatzanspruch gegen einen Eigentümer eines der haftenden Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger. Dann erwirbt er die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück, die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

2. Der persönliche Schuldner hat zwar den Gläubiger in voller Höhe befriedigt, er kann jedoch nur zu einem Teil Ersatz verlangen. Dann geht die Hypothek auch nur zu diesem Teil auf ihn über, der Rest steht den übrigen Grundstückseigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1172)[3]). Diese können nunmehr nach § 1172, Abs. 2 eine Zuteilung der auf ihre Teile entfallenden Beträge als Einzelhypotheken verlangen. Der ersatzpflichtige Eigentümer hat sich nun — so schreibt § 1174, Abs. 2 vor — bei der Verteilung den an den Schuldner zu leistenden Betrag „auf den ihm gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrages der Gesamthypothek anrechnen zu lassen".

---

[1]) § 1164 bestimmt ausdrücklich, daß der Eigentümer die Hypothek nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners geltend machen könne.

[2]) BGB. § 1174.

[3]) Die Hypothek des persönlichen Schuldners geht der Hypothek der Grundstückseigentümer im Range vor. — Vgl. S. 67, Anm. 1 dieser Arbeit.

Nehmen wir ein Beispiel zu Hilfe, so würde der Fall sich folgendermaßen gestalten: Auf den beiden gleichwertigen Grundstücken des A. und B. lastet eine Gesamthypothek von 50 000 Mk. an erster Stelle für den Gläubiger C. Der persönliche Schuldner D. befriedigt den Gläubiger und hat gegen A. einen Ersatzanspruch in Höhe von 10 000 Mk. Dann erwirbt er in dieser Höhe an dem Grundstück des A. eine Hypothek. Die bleibende Hypothek von 40 000 Mk. steht dem A. und B. gemeinschaftlich als Gesamtgrundschuld zu[1]). Wird nun zur Verteilung geschritten, so kommen nach dem Wortlaut des Gesetzes 40 000 Mk. in Betracht, d. h. auf das Grundstück des A. und B. entfallen je 20 000 Mk. Es bekäme danach A. eine Hypothek von 20 000 minus 10 000 gleich 10 000 Mk., B. eine solche in Höhe von 30 000 Mk. Dieses Ergebnis ist unannehmbar, da B. hierdurch ohne Grund günstiger gestellt wäre. Es ist vielmehr als Teilungsmasse die ganze Summe, also 50 000 Mk. anzusehen. Es entfallen dann auf das Grundstück des A. und B. je 25 000 Mk., die B. in ganzer Höhe zuerteilt erhält, während A. unter Abzug der von ihm an D. zu zahlenden 10 000 Mk. 15 000 Mk. als Einzelgrundschuld bekommt[2]).

3. Hat der persönliche Schuldner den Gläubiger nur teilweise befriedigt, so behält der Gläubiger die Gesamthypothek für den Restbetrag, diese geht der von dem persönlichen Schuldner erworbenen im Range vor (s. S. 67).

Die Vorschriften der §§ 1164 und 1174 gelten nicht für Grund- und Rentenschulden. Es wird hier von der persön-

[1]) Die Hypothek an dem Grundstück des B. in Höhe von 10000 erlischt, vgl. Kober, zit. S. 491, Ziff. 2, Abs. 4. — Müller und Meikel, BGB. I. Bd., S. 632, Ziff. 3c vertreten die Ansicht, daß auch die Hypothek an dem Grundstück des B dem A und B gemeinschaftlich zusteht; m. E. ist das unrichtig.

[2]) So die herrschende Ansicht. Vgl. Planck, zit. Bd. III, S. 580, 581, Anm. 5. — Biermann, zit. S. 390, Anm. 1c, Abs. 2. — Kober, zit. S. 491, Anm. 2, Abs. 4. — Müller und Meikel, zit. Bd. I, S. 631, Ziff. 3c. — Neumann, Kommentar z. BGB. S. 627, Note II, 2b, der ein Beispiel für zwei nicht gleichwertige Grundstücke gibt. A. M. Meisner, zit. S. 261, Anm. 2 zu § 1174.

lichen Forderung abgesehen, daher kommt auch der persönliche Schuldner nicht in Frage[1]).

§ 13.

3. Befriedigung aus dem Grundstück.

Es bleibt uns noch die Berücksichtigung der Möglichkeit eines Eintrittsrechts bei Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung. § 1181 bestimmt, daß die Hypothek erlischt, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt wird. Diese Befriedigung erfolgt aus dem Vermögen des Eigentümers, und die Praxis steht daher auch nicht an, die Befriedigung als durch den Eigentümer erfolgt gelten zu lassen. Ein dies zum Ausdruck bringender Zusatz bei Abfassung des § 1181 wurde von der Redaktionskommission als selbstverständlich nicht aufgenommen[2]). Auch die Analogie des § 1247: soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zur Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt, scheint für die Richtigkeit dieser Auffassung zu sprechen. Danach können wir m. E. unbedenklich die Bestimmung des § 1143 analog anwenden, wenn der Eigentümer, in dessen Grundstück die Zwangsvollstreckung betrieben wird, nicht der persönliche Schuldner ist. Allerdings erlischt durch die Subhastation die Hypothek, aber die Forderung geht auf den Eigentümer kraft Gesetzes über[3]).

Des weiteren gibt § 1181 die Vorschrift, daß im Fall der Befriedigung aus einem von mehreren auf Grund einer Gesamthypothek haftenden Grundstücken die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. § 1182 macht hiervon eine Ausnahme, und zwar in der Erwägung, daß bei der Befriedi-

---

[1]) Hierüber bestand Streit in der zweiten Kommission.

[2]) Vgl. die Protokolle, Bd. 6, S. 257.

[3]) So Planck, zit. Bd. III, S. 511, Anm. 2c zu § 1143. — Biermann, zit. S. 400, Anm. 3 zu § 1181. — Neumann, zit. S. 598, Anm. 6 zu § 1143. — A. M. Kober, zit. S. 503-504, Anm. 1b zu § 1181, welcher die analoge Anwendung des § 1143 verneint, da der angezogene Paragraph Vorschriften singulärer Natur gäbe, die ohne gesetzliche Bestimmung keine Ausdehnung erfahren dürften.

gung aus einem im Verhältnis der Grundstückseigentümer untereinander nicht verpflichteten Grundstück durch das Erlöschen der Hypothek an den anderen Grundstücken der Eigentümer des zur Befriedigung verpflichteten Grundstücks ungerechtfertigt bereichert sein würde. Der Gesetzgeber wies daher den in Anspruch Genommenen nicht auf einen etwaigen Ausgleichungsanspruch an, sondern gab ihm außerdem die Hypothek an dem verpflichteten Grundstück zur Sicherung der Ersatzforderung (vgl. oben S. 66). Es ergeben sich nun aber bei der Befriedigung aus dem Grundstück für den Fall der Gesamthypothek folgende Abweichungen gegenüber dem § 1173:

1. Ist der Gläubiger aus dem versteigerten Grundstück voll befriedigt, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek in Höhe des Ersatzanspruchs. An seinem eigenen Grundstück erlischt jedoch die Hypothek, sie verbindet sich nicht mit der erworbenen Hypothek zur Gesamthypothek, vielmehr erlangt er eine Einzelhypothek und nur dann, wenn dem Ersatzberechtigten die Eigentümer mehrerer Grundstücke haften oder der Ersatzpflichtige Eigentümer mehrerer haftenden Grundstücke ist, eine Gesamthypothek.

2. Bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers steht, wie bereits oben erwähnt, die erworbene Teilhypothek des Ersatzberechtigten der Resthypothek des Gläubigers nach. Dazu kommt hier noch eine weitere Beschränkung der Rechtsstellung des ersatzberechtigten Eigentümers, in folgender Erwägung: Es muß in Berücksichtigung gezogen werden die Erwartung gleich- oder nachstehend Berechtigter, vorzurücken, sobald die vorgehende Hypothek durch Befriedigung aus einem der verhafteten Grundstücke ganz oder zum Teil erlischt[1]). Diese Erwartung würde aber zerstört werden, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer für seine erworbene Hypothek die auch nur zum Teil frei werdende Stelle des befriedigten Hypothekengläubigers, dessen Hypothek z. B. an erster Stelle steht, bekäme. Daher muß sich der ersatzberechtigte

[1]) Vgl. Protokolle, Bd. III, S. 627.

Eigentümer mit der Hypothek hinter den gleich- oder nachstehend Berechtigten begnügen, die für ihn allerdings, wenn durch diese Belastung der Wert des Grundstücks erschöpft ist, völlig nutzlos ist[1]). Nehmen wir folgendes Beispiel: Auf den Grundstücken des A. und B. lastet eine Gesamthypothek in Höhe von 50 000 Mk. für C.; A. ist dem B. gegenüber zur Zahlung verpflichtet. Hinter diesen 50 000 Mk. lastet auf dem Grundstück des A. noch eine Einzelhypothek in Höhe von 20 000 Mk. für D. C. betreibt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des B., erzielt hier 40 000 Mk. Dann ist die Reihenfolge der auf dem Grundstück des A. ruhenden Lasten folgende:

1. 10 000 Mk. Resthypothek des C.,
2. 20 000 Mk. Einzelhypothek des D.;
3. 40 000 Mk. Ersatzhypothek des B.[2]);

die 20 000 Mk. des D. mußten zur Zeit der Befriedigung an dem Grundstück des A. bereits bestehen. Wäre diese Hypothek erst nach der Entstehung der Ersatzhypothek des B. begründet worden, so stände sie der Hypothek des B. nach.

Die Vorschriften der §§ 1181 und 1182 gelten auch für Grund- und Rentenschulden, der Ersatzberechtigte erwirbt hier zur Sicherung seiner Ersatzforderung keine Sondergrundschuld, sondern eine Sonderhypothek[3]).

C. Das Eintrittsrecht beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht zur Sicherung für dieselbe Forderung.[4])

§ 14.

Ein recht interessantes Problem rollt sich vor uns auf, wenn wir uns vorstellen, daß für eine Forderung ein Pfandrecht und eine Bürgschaft bestellt ist. Wie sich aus den

---

[1]) In diesem Falle würde ihm eine Sicherungshypothek vor einer weiteren Belastung Schutz gewähren. Einen gesetzlichen Anspruch auf Einräumung einer solchen hat er nicht.

[2]). Vgl. auch das Beispiel bei Kober, zit. S. 506, Anm. 5 zu § 1182.

[3]) Vgl. Planck, zit. Bd. III, S. 599-600, Anm. 3 und Anm. 5 zu § 1182. — Biermann, zit. S. 401-402, Anm. 1 und 3 zu § 1192.

[4]) Cfr. Strohals Aufsatz in der Deutschen Juristenzeitung No. 16/17, 1903.

obigen Ausführungen ergibt, geht durch die Subrogation die Forderung mit allen Vor- und Beirechten auf den Befriedigenden über. Befriedigt also der Drittverpfänder den Gläubiger nach § 1225, so gewährt ihm das Eintrittsrecht die Befugnis zur Geltendmachung der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung im vollen Umfang. Diese Ansicht vertritt Biermann[1]), indem er die Vorschrift des § 1225, daß die Bestimmungen des § 774 im ganzen entsprechend Anwendung fänden, für ein Redaktionsversehen erklärt; ebenso wie beim § 1143 hätte die analoge Anwendung sich auf den Absatz 1 des § 774 beschränken müssen. Der Hinzuziehung des Abs. 2 widerspreche das Wort „einander". Befriedigt auf der anderen Seite der Bürge den Gläubiger, so erwirbt er gleichfalls mit der Forderung die Beirechte, also das Pfandrecht, wofür ihm § 776 eine besondere Schutzvorschrift gewährt: Besteht zur Zeit der Bürgschaftsleistung oder entsteht nachher ein Pfandrecht, welches von dem Gläubiger aufgegeben wird, so wird der Bürge insoweit von der Verpflichtung zur Leistung frei. Es liegt in dieser Bestimmung für den Bürgen eine Garantie, daß er die pfandgesicherte Forderung im vollen Umfang erhält. Ziehen wir nun die Konsequenz: Befriedigt der Verpfänder, so erhält er die bürgschaftsgesicherte Forderung, befriedigt der Bürge, so erhält er die pfandgesicherte Forderung, wer also von beiden zuvorkommt, ist im Vorteil. Diese sich aus der Biermannschen Auffassung ergebende Schlußfolgerung erscheint m. E. unhaltbar. — Planck[2]) kommt zu einem anderen Ergebnis. Er sieht das Ausschlaggebende gerade in dem Fehlen des Abs. 2 bei Erwähnung des § 774 bei § 1225 im Gegensatz zu § 1143. Danach wäre die Entscheidung folgendermaßen zu treffen: nach § 774, Abs. 2 haften Mitbürgen untereinander zu gleichen Anteilen (§ 426); unter entsprechender Anwendung auf § 1225 müßte dann bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die eine Hälfte der Ver-

[1]) Biermann, zit. S. 448, Anm. 1 zu § 1225. — Ebenso Kober, zit. S. 567, Anm. 2, Abs. III zu § 1225.

[2]) Planck, zit. Bd. III, S. 675, Anm. 1c zu § 1225 — Ebenso: Becker, Dissert. S. 52.

bindlichkeit der Verpfänder selbst tragen, während er bezüglich der anderen Hälfte das Eintrittsrecht hat, sich also an den Bürgen halten kann. Ebenso muß dann aber auch der Bürge gestellt werden, welcher den Gläubiger befriedigt, auch ihm wäre die Befriedigung aus dem Pfandrecht nur zur Hälfte zu gewähren. Dieses an sich unserem Billigkeitsgefühl am meisten entsprechende Ergebnis ist jedoch m. E. ebenfalls unhaltbar, da es, abgesehen von dem angeblichen redaktionellen Versehen bei der Fassung des § 1225 mit dem § 774 und § 776 unverträglich erscheint. Durch § 774 wird dem befriedigenden Bürgen das Eintrittsrecht in das volle Recht des Gläubigers gewährleistet, d. h. soweit es der Wert des Pfandes zuläßt, bekommt er durch das Eintrittsrecht einen Ersatzanspruch, der ihm nicht verkümmert werden darf. Das ergibt sich auch aus der Fassung des § 776; wenn der Gläubiger irgendeine Sicherung der Forderung aufgibt, aus welcher der Bürge hätte Ersatz verlangen können, so wird dieser insoweit von der Verpflichtung zur Leistung frei.

Die gewonnenen Resultate befriedigen also nicht, allerdings betrachten Biermann und Planck nur die Frage bei der Besprechung der Stellung des Drittverpfänders und kommen daher nicht zu einem das Ineinandergreifen beider Fälle in Berücksichtigung ziehenden Ergebnis. Nach Strohal, der a. a. O. die Frage durchführt, liegt der Schwerpunkt für die Entscheidung der Frage in der Auslegung des § 1256, Abs. 2. Das Pfandrecht, welches nach § 1256, Abs. 1 erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft, gilt als nicht erloschen, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat. Das BGB. kennt nicht wie bei der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer eines Grundstücks, wo eine Eigentümerhypothek entsteht, auch ein ausgebildetes Pfandrecht an eigener Sache. Wäre dies der Fall, so würde sich eine befriedigende Lösung einfach ergeben. Es käme dann nicht auf das Zuvorkommen des Bürgen bzw. des Drittverpfänders an, der Bürge würde in jedem Fall die pfandgesicherte Forderung erhalten, denn wenn z. B. der Drittverpfänder den Gläubiger

befriedigt, so tritt er in dessen Rechte ein, d. h. er kann sich an den Bürgen halten, und sofern dieser dann den Drittverpfänder abfindet, kann er in die Rechte des Verpfänders eintreten; er erhält also neben der Forderung gegen den persönlichen Schuldner auch ein Eintrittsrecht in das Pfandrecht, wozu ihm die Möglichkeit bei der Annahme einer fortbestehend offenen Pfandstelle nunmehr eröffnet ist. Um zu diesem Ergebnis nun auf andere Weise zu gelangen, ist der Abs. 2 des § 1256 hier heranzuziehen. Es besteht kein Zweifel, daß der Eigentümer an dem Fortbestehen des Pfandrechts dann Interesse hat, wenn an der Pfandsache weitere, dem Pfandrecht des bisherigen Gläubigers nachstehende Rechte bestehen oder aber, wenn der Verpfänder die Forderung mit dem Pfandrecht weiter übertragen will[1]). Hat er nun die Absicht, sich an den Bürgen zu halten, so muß er ein gleiches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts haben; denn würde ein solches Interesse nicht bestehen, mithin das Pfandrecht erlöschen, so könnte er den Bürgen insoweit nicht mehr in Anspruch nehmen, als dieser aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz verlangen können (§ 776, Ziff. 1). Macht der Verpfänder daher seine Rechte gegen den Bürgen geltend, so bekundet er auch sein Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts, der Bürge erhält somit, gleichgültig, ob er oder der Verpfänder den Gläubiger zuerst befriedigt, immer die pfandgesicherte Forderung, und auf diese Weise ist das Ergebnis für beide Teile durchaus befriedigend.

D. Die gesetzliche Unterhaltungspflicht.

§ 15.

Das Familienrecht kennt an zwei Stellen ein Eintrittsrecht, und zwar wird dieses gewährt, um für die Pflicht zur Berichtigung fremder Verbindlichkeiten, die gerade im Familienrecht in Hinsicht auf die Lebenshaltung von größter Wichtigkeit ist, soweit dies angängig ist, eine Ersatzmöglich-

[1]) Vgl. Planck, zit. Bd. III, S. 708, Anm. 3 zu § 1256.

keit zu schaffen. Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt eine bestimmte Reihenfolge der zur Gewährung des Unterhalts Verpflichteten vor und wälzt, soweit der Zunächstverpflichtete außerstande ist, seiner Verpflichtung nachzukommen (§ 1603), die Unterhaltsaufgabe auf den nächsten Verwandten. In erster Linie sind unterhaltspflichtig Abkömmlinge nach Verhältnis ihrer Erbteile, dann die Aszendenten, und zwar zuerst die näheren, dann die entfernteren, gleich nahe zu gleichen Teilen, der Vater vor der Mutter (§ 1606). Bei eingetretener Leistungsunfähigkeit des in erster Reihe verpflichteten Verwandten hat der Unterhaltsberechtigte einen Anspruch gegen den nächsten, diesem gibt das Gesetz jedoch kein Eintrittsrecht, denn durch die Unfähigkeit des ersten Verwandten ist eine primäre Pflicht zur Unterhaltsleistung in seiner Person entstanden, und es wird so angesehen, als ob der erste gar nicht vorhanden gewesen wäre. Diese Rücksicht muß jedoch weichen, wenn der Zunächstverpflichtete, der sehr wohl leistungsfähig sein kann, im Inland nicht oder nur mit besonderer Schwierigkeit erreichbar ist (§ 1607, Abs. 2). Der Gesetzgeber steht nicht an, hier ein Eintrittsrecht des den Unterhalt Leistenden in die Alimentationsforderung des Unterhaltsberechtigten anzuerkennen, obwohl der 1. Entwurf (§ 1487)[1]) es in solchem Fall bei dem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag belassen wollte, in der Erwägung, daß ein Übergang der Forderung zu großen Härten führen könnte, wenn der Ersatzpflichtige nachträglich leistungsunfähig geworden wäre. Um diese Möglichkeit nun nicht etwa durch die strikte Verfolgung des Anspruchs des Ersatzberechtigten herbeizuführen und dadurch einen weiteren Anspruch des Unterhaltsberechtigten gegen den Zunächstverpflichteten zu vereiteln, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Unterhaltungsberechtigten geltend gemacht werden darf. Würde der Erstverpflichtete durch die Inanspruchnahme des Ersatzberechtigten außerstande gesetzt werden, dem Unterhaltsberechtigten weitere Alimentation zu

[1]) Vgl. auch Becker, Dissert. S. 60.

gewähren, so würde der Anspruch des Ersatzberechtigten zurückstehen müssen[1]).

In gleicher Weise gewährt § 1709 der Mutter oder den mütterlichen Verwandten eines unehelichen Kindes ein Eintrittsrecht gegen den in erster Linie unterhaltspflichtigen Vaters, falls von mütterlicher Seite der Unterhalt geleistet wird[2]). Dazu ist hier jedoch nicht erforderlich, daß die Inanspruchnahme des Vaters im Inland nicht tunlich ist, vielmehr liefert jede freiwillige Alimentation der Mutter den Ersatzanspruch. Auch hier darf der Bestimmung des § 1709, Abs. 2 zufolge der Übergang nicht zum Nachteil des Kindes geltend gemacht werden. Werden also z. B. Sachen des Vaters von der Mutter für geleisteten Unterhalt gepfändet, welche darauf von dem gesetzlichen Vertreter des Kindes für eine andere fällige Unterhaltsrate gleichfalls gepfändet werden, so geht der Anspruch des Kindes dem konkurrierenden Ersatzanspruch der Mutter vor[3]).

III. Eintrittsrecht im Falle der Befriedigung durch einen Nichthaftenden (Ablösungsrecht).

§ 16.

Das BGB. gewährt in den §§ 268, 1150, 1249 das sogenannte Ablösungsrecht, das ist die Befugnis eines Dritten, unter gewissen Voraussetzungen eine fremde Schuld, für die der Befriedigende nicht haftet, zu zahlen und dafür in die Stellung des befriedigten Gläubigers einzurücken.

Wir betrachten im folgenden zunächst

1. das Eintrittsrecht im Falle der Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand wegen einer Forderung.

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle, BGB. S. 781, Anm. 4 zu § 1607. — Dernburg, BGB. Bd. IV, S. 230, Ziff. V. — Matthiaß, zit. Bd. II, S. 332.

[2]) Der 1. Entw. § 1571 lehnte auch hier einen Uebergang der Forderung kraft Gesetzes ab.

[3]) zit. bei Dernburg, BGB. Bd. IV, S. 291, Ziff. VIII.

Der diesen Fall behandelnde Paragraph 268 ist durch Bundesratsbeschluß dem BGB. eingefügt worden. Er gibt eine Schutzvorschrift zugunsten eines Dritten, welcher fürchten muß, durch die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand ein Recht an demselben zu verlieren. Es ist bei dem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Gegenstand jede zum Vermögen des Schuldners gehörende Sache bzw. jedes Recht gemeint, beispielsweise das Nießbrauchsrecht, eine Forderung oder Hypothek. Im Gegensatz dazu ist in den §§ 1150, 1249 an die speziellen Fälle der Befriedigung aus dem Grundstück bzw. an den Pfandverkauf gedacht. Der Übergang der Forderung kraft Gesetzes setzt im einzelnen voraus:

a) daß der Dritte fürchtet, ein dingliches Recht an dem in der Zwangsvollstreckung befangenen Gegenstand zu verlieren. Zu den dinglichen Rechten sind auch die Vormerkungen zu rechnen, ein obligatorischer Anspruch auf ein dingliches Recht dürfte jedoch nicht hinreichen[1]), obwohl Oertmann[2]) wegen der Gleichheit des inneren Grundes auch hier das Ablösungsrecht gestattet. Der Untergang eines dem Dritten zustehenden dinglichen Rechtes wird in der Regel durch Verkauf des Zwangsvollstreckungsgegenstandes entstehen, nicht schon durch Zwangsverwaltung. Es führt jedoch der Verkauf den Verlust dann nicht herbei, wenn bei der Zwangsversteigerung die bestehenden dinglichen Rechte in das geringste Gebot fallen, d. h. von dem Erwerber mit übernommen werden müssen. In solchem Falle würden nur die dem betreibenden Gläubiger gleich- oder nachstehend Berechtigten den Verlust ihrer Rechte zu befürchten haben und zur Befriedigung schreiten können[3]). Dem dinglich Berechtigten wird nach § 268 auch der Besitzer einer Sache gleichgestellt,

[1]) Dernburg, zit. Bd. II, 1, S. 110, Ziff. IV, 1c. — Planck, zit. Bd. III, S. 40, Anm. 3a zu § 268.

[2]) Oertmann, S. 67, Anm. 2a zu § 268. „Ob bloß vorgemerkte Hypotheken das Recht (Ablösungsrecht) haben, ist zweifelhaft . . . M. E. ist die Frage zu bejahen, da die Vormerkung das Recht schon dinglich sichert."

[3]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 76, Anm. 2b zu § 268.

welcher durch die Zwangsvollstreckung seinen Besitz zu verlieren fürchtet. Es ist bei dieser Bestimmung an mittelbare und unmittelbare Besitzer, und zwar besonders an die Mieter und Pächter gedacht, welchen von demjenigen, welcher in der Subhastation ein Grundstück erwirbt, vorzeitig gekündigt werden dürfte. Es wird dem Besitzer einer Sache auch gestattet sein, den Gläubiger zu befriedigen, wenn eine Zwangsverwaltung angeordnet ist und ferner, wenn er sich eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt hat. Ein solches Handeln ist zwar gegenüber dem Entsetzten von Bedeutung, hat jedoch auf das Befriedigungsrecht dem betreibenden Gläubiger gegenüber keinen Einfluß. M. E. ist nun auch das Befriedigungsrecht dann zuzubilligen, wenn dem Besitzer dadurch der Verlust der Sache droht, daß die Zwangsvollstreckung in den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Besitzer, z. B. weil der Schuldner Eigentümer ist, betrieben wird[1]). Wollte man dies nicht zugeben, so könnte der Besitzer auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in den Herausgabeanspruch aus dem Besitz verdrängt werden, und das ist im Interesse des Besitzers zu vermeiden.

b) Die Zwangsvollstreckung darf ferner noch nicht völlig durchgeführt sein. Ist z. B. ein gepfändeter Gegenstand, an welchem einem Dritten ein nachstehendes Pfandrecht zustand, bereits verwertet, so ist das Befriedigungsrecht ausgeschlossen, das Pfandrecht des Dritten ist untergegangen[2]).

c) Eine weitere Voraussetzung des Eintrittsrechts ist die Zulässigkeit der Befriedigung. Hat der Schuldner die Leistung in Person zu machen, so ist die Befriedigung nicht gestattet (§ 267). Die Anwendbarkeit des § 268 erstreckt sich lediglich

---

[1]) Vgl. Planck, a. a. O. Bd. III, a. a. O. Anm. 3b. — Staudinger zit. S. 29, Anm. 1a zu § 268. — Szkolny-Caro, Kommentar z. BGB. S. 304, Anm. 1bβ zu § 268. A. M. Schollmeyer, S. 77, Anm. 2b a. E., der den Fall fehlenden Befriedigungsrechts bei Betreibung der Zwangsvollstreckung in den Herausgabeanspruch des gewaltsam Entsetzten gegen den eigenmächtigen Besitzer analog auf jeden Herausgabeanspruch ausgedehnt wissen will.

[2]) Vgl. Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. II, S. 310, Anm. 9.

auf Geldforderungen[1]); wird wegen anderer Leistungen die Zwangsvollstreckung betrieben, so ist ein Befriedigungsrecht Dritter ausgeschlossen, denn der Anspruch kann sich gerade auf die Herausgabe eines konkreten Gegenstandes beziehen. Dingliche Rechte werden dann in der Regel nicht in Mitleidenschaft gezogen, und ist der Dritte Besitzer der Sache, so würde die Befriedigung in der Herausgabe der Sache bestehen, ein Ergebnis, das der Besitzer gerade vermeiden will[2]).

d) Schließlich muß, um der Zwangsvollstreckung wirksam Einhalt zu tun, eine vollständige Befriedigung seitens des Dritten erfolgen. Nimmt der Gläubiger eine teilweise Befriedigung an, so kann er wegen seiner Restforderung die Zwangsvollstreckung weiter betreiben. Etwas anderes wäre es, wenn der Gläubiger nur wegen eines Teiles der Forderung die Zwangsvollstreckung betriebe, in diesem Falle hätte der Dritte auch nur in Höhe dieses Teiles das Recht zur Befriedigung[3]).

Unter den genannten Voraussetzungen gestattet das Gesetz dem Dritten, den Gläubiger zu befriedigen. Es hebt besonders hervor, daß die Befriedigung auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen könne. Diese Art der Tilgung einer Schuld liegt nun zwar im Rahmen des Begriffs „Befriedigung" (s. oben S. 20), ist jedoch zweckmäßig an dieser Stelle noch erwähnt, da der Dritte die Hinterlegung, welche im allgemeinen nur für den Schuldner da ist, unbedingt benötigt, um die Zwangsvollstreckung einzuhalten und ebenso die Zulässigkeit der Aufrechnung der mangelnden Gegenseitigkeit wegen Zweifeln unterliegen könnte[4]).

Durch die Befriedigung erwirbt der Dritte das Eintrittsrecht in die auf ihn übergegangene Forderung (§ 268, Abs. 3). Der Erwerb erfolgt ipso jure auf Grund der stattgehabten

---

[1]) Nicht Geldstrafforderungen. Diese sind in Person zu machen, obwohl eine Bezahlung durch Dritte sich oft hier nicht verhindern läßt (vgl. Dernburg, BGB. Bd. II, 1, S. 108, 109, Ziff. II.

[2]) Vgl. Schollmeyer, zit. S. 75, Anm. 2a und Weißbart, Dissert. S. 9-11.

[3]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. Anm. 3. — Planck, a. a. O. Anm. 5.

[4]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. Anm. 1.

Befriedigung. Damit hat der Dritte die Befugnis erworben, die Forderung seinerseits geltend zu machen. Die Bezeichnung „Enteignungsrecht“ [1]) ist m. E. nicht recht glücklich. Es wird dadurch besonders auf das Recht hingewiesen, sich in den Besitz der Forderung zu setzen. Der Forderungserwerb ist jedoch ein vom Willen des Erwerbenden ganz unabhängiger Akt, der sich auf Grund der Befriedigung von selbst vollzieht, allerdings nicht wider den Willen des Befriedigenden[2]). Der Übergang der Forderung auf den dinglichen Berechtigten ist von wesentlicher Bedeutung insofern, als dieser durch den Erwerb sein dingliches Recht stärkt; hatte der Zwangsvollstreckungsgläubiger nämlich ein Pfandrecht an dem Gegenstand, so erwirbt der Dritte dieses und hat dadurch seinen Rang bedeutend verbessert, wenn zwischen seinem Recht und dem erworbenen Pfandrecht noch andere dingliche Rechte standen, der Besitzer andererseits erlangt durch sein Eintrittsrecht einen Regreßanspruch gegen den Schuldner[3]).

Es bleibt uns noch

2. die Erörterung des Eintrittsrechts in ein dingliches Recht.

a) Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück, so finden nach § 1150 die Vorschriften des § 268 entsprechende Anwendung. Mit anderen Worten: jeder, welcher fürchtet, ein Recht oder den Besitz an dem Grundstück zu verlieren, ist zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers berechtigt und erhält das Eintrittsrecht. Während aber nach § 268 die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand notwendig ist, setzt § 1150 nur voraus, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück fordert. Zu einer gerichtlichen Geltendmachung braucht es noch nicht gekommen zu sein, schon das Verlangen begründet die Gefahr der nahen Zwangsversteigerung und reicht zur Befriedigung aus. Das Verlangen kann in einer Zahlungsaufforderung an

---

[1]) Planck, a. a. O. Anm. 6.

[2]) So Schollmeyer, a. a. O. Anm. 3.

[3]) Schollmeyer, a. a. O.

den Eigentümer bestehen, auch der Eintritt der Fälligkeit auf Grund einer Kündigung des Gläubigers bzw. eine bloße Kündigung würde genügen, wenn der Gläubiger vor der Fälligkeit zur Annahme der Leistung verpflichtet ist[1]). Ob der Gläubiger auf Grund seines hypothekarischen oder persönlichen Anspruchs Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, ist m. E. gleichgültig[2]). Biermann[3]) will dann das Ablösungsrecht geben, wenn der Gläubiger den dinglichen Anspruch erhebt, und erst, wenn der Gläubiger nach Geltendmachung der persönlichen Forderung die Zwangsvollstreckung betreibt, § 268 unmittelbar zur Anwendung bringen. Jedenfalls erscheint die Gestattung der Ablösung vor der Zwangsvollstreckung bzw. gerichtlichen Geltendmachung im Interesse der Kostenvermeidung recht zweckmäßig[4]). Diese Erlaubnis kommt, ebenso wie im § 268 den dinglich Berechtigten, insbesondere nachstehenden[5]) Hypothekengläubigern, aber auch den Besitzern, insbesondere Mietern und Pächtern, zugute. Nehmen wir nun an, daß sowohl ein nachstehender Hypothekengläubiger als ein Mieter in seinem Recht gefährdet wird, so könnte eine Konkurrenz in bezug auf das Ablösungsrecht entstehen, und es fragt sich, wem der Vorrang gebührt. Die richtige Entscheidung wird lauten müssen: Beide sind gleichberechtigt, erst die Befriedigung durch den einen schließt den anderen aus[6]). Die zuerst erfolgende Erklärung des einen gegenüber dem Gläubiger, daß er von seinem Ablösungsrecht Gebrauch mache, ist m. E. nicht ausreichend[7]).

---

[1]) Planck, zit. S. 526, Anm. zu § 1150. — Biermann, zit. S. 352, Anm. 1a zu § 1150.

[2]) Vgl. Entsch d. R. G. Bd. 12 No. 64, S. 258 und Kober, zit. S. 445, Anm. 1 zu § 1150.

[3]) Biermann, zit. a. a. O.

[4]) Vgl. Protokolle, Bd. 3, S. 578.

[5]) Die vorstehenden Hypothekengläubiger werden regelmäßig beim geringsten Gebot berücksichtigt werden.

[6]) Planck, a. a. O. Anm. 2. — Ebenso Kober, a. a. O. S. 445, Anm. 2b zu § 1150.

[7]) So Biermann, a. a. O. Anm. 1b zu § 1150.

Durch die Ausübung des Ablösungsrechts erwirbt der Befriedigende die Forderung mit der Hypothek. Bestand eine Gesamthypothek, so erwirbt der Ablösende sie ganz, wenn ihm auch nur an einem Grundstück ein dingliches Recht oder der Besitz zustand, vorausgesetzt, daß die Befriedigung seitens des Gläubigers gerade aus diesem Grundstück verlangt wurde. Im übrigen gilt auch hier das bei Erörterung des § 268 Gesagte.

b) Ein Ablösungsrecht ist schließlich auch beim Pfandrecht an beweglichen Sachen anerkannt (§ 1249)[1]). Der Gesetzgeber geht hier noch einen Schritt weiter als im § 1150. Während dort das Verlangen nach Befriedigung aus dem Grundstück ausgesprochen sein muß, darf hier jeder, dessen Recht an einem Pfande durch die Veräußerung desselben gefährdet wird, den Gläubiger schon dann befriedigen, wenn der Schuldner zur Leistung berechtigt ist[2]). Der hiernach maßgebende Zeitpunkt bestimmt sich nach § 271, grundsätzlich also ist es die Entstehung der Forderung[3]). Vor allem würde dem Eigentümer der ohne sein Wissen verpfändeten Sache[4]) hier das Ablösungsrecht zugute kommen, ferner gemäß § 1242, Abs. 2 einem vor- oder nachstehenden Pfandgläubiger und dem Nießbrauchberechtigten, sofern sein Recht nicht allen Pfandrechten im Range vorgeht. Für den Besitzer der Pfandsache, der durch den Verkauf den Besitz zu verlieren fürchtet, gilt § 1249 im Gegensatz zu § 1150 nach § 268 nicht. Der Grund des Fehlens einer solchen Bestimmung ist leicht ersichtlich, wenn wir daran denken, daß der Pfandgläubiger im Gegensatz zum Hypothekengläubiger selbst das Recht zum Besitz hat[5]). Soweit der Ablösungsberechtigte den Pfandgläubiger befriedigt, tritt er in dessen Rechte ein, er erwirbt

---

[1]) Vgl. Motive, Bd. III, S. 815.

[2]) Die Bestimmung des Entw. I § 1162, daß das Pfand vom Pfandgläubiger zum Verkauf gestellt werde, ist in das BGB. nicht aufgenommen worden.

[3]) Biermann, zit. S. 470, Anm. zu § 1249.

[4]) Kober, zit. S. 590, Anm. zu § 1249.

[5]) Vgl. Planck, a. a. O. Bd. III, S. 701, Anm. 1a zu § 1249.

also die Forderung samt dem Pfandrecht. Im übrigen gilt auch hier dasselbe, wie im Falle des § 268; insbesondere kann der Befriedigende die Herausgabe des Pfandes dann nicht verlangen, wenn dem Pfandgläubiger noch wegen einer anderen Forderung ein Retentionsrecht zusteht oder nur eine teilweise Befriedigung erfolgt ist. Hierin läge ein Nachteil für den Pfandgläubiger.